Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwickelung.

Inaugural-Dissertation

zur

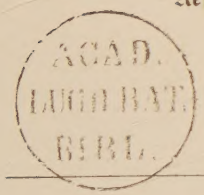
Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Franz Bleyler
Referendar aus Metz.



Berlin 1905.
Druck von Emil Streisand, Alte Jacob-Straße 120

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0145

Litteraturverzeichnis.

I. Quellen.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. Juni 1794.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Fassung vom 17. Mai 1898.

Code civil, herausgegeben von Loersch, Leipzig 1893.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Konkursordnung vom 10. Februar 1887 und vom 17. Mai 1898.

Oesterreichisches allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811.

Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Februar 1863.

Schweizerisches Obligationenrecht.

II. Litteratur.

Arndts, „Civilistische Schriften".

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I.

Belkin, Das Zurückbehaltungsrecht nach Bürgerlichem Recht und nach Handelsrecht. Inaug.-Diss. 1903. Rostock.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I. Rostock 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Jena 1900.
Cretschmar, Das bürgerliche Recht, Bd. I. Düsseldorf 1902.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen und Leipzig 1900.
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. Heidelberg, 1868. II. Auflage.
Dernburg, Pandekten, Bd. I. Berlin 1896. 5. Auflage.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II und III. Halle 1899.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Berlin 1903.
Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. I. Marburg 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.
Faselius, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Rententionsrechte. Halle 1793.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1899. 3. Auflage.
Gaupp-Stein, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. Tübingen nnd Leipzig 1902. 5. Aufl.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Ein Kommentar. Erlangen 1816.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I Berlin 1901. 2. Aufl.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1864.
Großkopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Stuttgart 1897.

Heisler, Diss. „de iure retentionis".
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch! Allgemeiner Teil, Freiburg 1897.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. Bonn 1901.
Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht. Berlin 1901.
Krückmann, Institutionen 1898.
Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1899.
Laband, Archiv für civilistische Praxis. Bd. 73.
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Rostock 1886.
Lauterbach, de retentione. Diss. Tübingen 1660.
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen. Heidelberg 1876.
Luden, Das Retentionsrecht. Leipzig 1839.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Berlin 1900. 3. Auflage.
Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1895.
Mugdan, Gesammelte Materialien zum BGB. 1899.
Neumann, Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1900. 1. u. 2. Auflage.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse (Aus dem Kommentar zum BGB.). Berlin 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. Berlin 1900. 1. u. 2. Auflage.
Protokolle der Kommission für die erste und zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Puchta, Pandekten. Leipzig 1848.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Jahrgang II. Abt. 2.

Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Graudenz 1901. 5. Aufl.
Schenck, Die Lehre von dem Retentionsrechte. Jena 1837.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1899.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe. München 1870.
Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines BGB. Berlin 1889.
Simon, Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. in der juristischen Monatsschrift für Posen und Westpreußen. 1. Jahrgang, 1898.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836
Sintenis, Praktisches Civilrecht. Bd. I.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum HGB. 1900.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1901, Bd. II.
Vogel, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Inaug.-Diss. Leipzig 1904.
v. Sarwey, Kommentar zur Konkursordnung.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Gießen 1837. 6. Auflage.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Marburg und Leipzig 1876. 7. Auflage.
Weyl, Vorträge über das BGB. 1898.
Windscheid, Kritische Vierteljahrsschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Freiburg 1897.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten.

Seite.

Inhalts-Verzeichnis.

Vorwort 9

A. Einleitung:

§ 1. Geschichtlicher Ueberblick 11

B. Abhandlung:

§ 2. I. Begriff des Zurückbehaltungsrechts . . 15
§ 3. II. Entstehung des Zurückbehaltungsrechts . 26
§ 4. III. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts im Allgemeinen 29
§ 5. 1. Anspruch des Schuldners 35
§ 6. 2. Anspruch des Gläubigers . . . 41
§ 7. 3. Connexität dieser beiden Ansprüche 46
a) Beide Ansprüche beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis
b) Dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes steht ein solcher wegen Verwendungen auf denselben gegenüber.
c) Dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes steht ein solcher wegen eines durch denselben verursachten Schadens gegenüber.
d) Besondere Fälle der Connexität.
§ 8. IV. Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts . 63

Seite

§ 9. V. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts 70
1. Außerhalb des Prozesses
2. Im Prozesse
§ 10. VI. Beendigung des Zurückbehaltungsrechts . 87
§ 11. VII. Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts 91

C. Schluss:

§ 12. Tendenz des Zurückbehaltungsrechts 96

Vorwort.

Als ich mir die Aufgabe stellte, eine kleine Abhandlung über das Zurückbehaltungsrecht zu schreiben, hatte ich die Absicht, dieses Recht als solches und zwar ausschließlich nach heutigem bürgerlichen Rechte einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen. Nachdem ich mich jedoch in die mir zur Erreichung meines Zieles zur Verfügung stehende Literatur vertieft hatte, entschloß ich mich, meinen ursprünglichen Plan in etwas zu ändern. Ich sah nämlich, daß ich es hier im Gegensatze zu anderen Rechten mit einem eigentümlich gearteten Rechtsinstitute zu tun hatte, daß dieses Recht ferner von jeher das Feld wissenschaftlicher Controversen gewesen war und daß noch heute seine gesetzliche Regelung des Streites kein Ende schafft.

Ich erachtete es unter diesen Umständen nicht nur von allgemeinem Interesse, sondern auch zum besseren Verständnis des Wesens dieses Rechtes für angebracht, in nachstehenden Blättern tunlichst einen Rückblick auf seine geschichtliche Entwickelung zu werfen. Insbesondere werde ich daher bei der Erörterung über die Grundsätze dieses Rechts an der Hand der zahlreichen gemeinrechtlichen Literatur genauer seinen historischen Werdegang prüfen, umgekehrt aber Punkte, welche sich unbestritten mit der heutigen Lehre decken, nur beiläufig streifen.

Was das System meiner Abhandlung anlangt, glaubte ich der Klarheit und Uebersicht am besten Rechnung zu

tragen, wenn ich nach einer kurzen geschichtlichen Uebersicht zu der Begriffsbestimmung des Zurückhaltungsrechts überging, sodann die Grundsätze über die Voraussetzungen in Verbindung mit den sich hieraus ergebenden Einzelfällen unseres Rechtes besprach, um dann hieran seine Beschränkungen und Ausnahmen zu knüpfen, hierauf eine Untersuchung über die Wirkungen und Erlöschungsarten folgen ließ, und endlich den Kreis meiner Abhandlung mit der Frage über die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts beschloß.

A. Einleitung.

§ 1.

Geschichtlicher Ueberblick.

Das Retentions- oder Zurückbehaltungsrecht ist ein Recht der Billigkeit, geschaffen aus einem Bedürfnis des sich immer steigernden Verkehrs. Je größer der Verkehr, um so größer auch die Abhängigkeit des Einzelnen von seinem Mitmenschen. Diese Abhängigkeit äußert sich in dem „Geben" des einen und in dem „Nehmen" des anderen; was der eine entbehren kann, benötigt der andere. Der Grundsatz eines jeden anständigen und loyalen Verkehrs, das Prinzip von Leistung und Gegenleistung, würde aber unliebsam zertrümmert, wenn der eine das „Geben" des anderen verlangen könnte, während er selbst sein „Geben" noch nicht realisiert hat. Einer derartigen Verletzung dieses Billigkeitsprinzipes tritt das Zurückbehaltungsrecht entgegen als ein Recht, die eigene Leistung zu verweigern bis zur Bewirkung der Gegenleistung.

Ein solches Zurückbehaltungsrecht — ein generelles jus retentionis — war dem römischen Rechte unbekannt. Seine Stelle ersetzte die sogenannte exceptio doli generalis,[1]) die überall da zur Geltung kam, wo es unbillig wäre

[1]) Die exceptio doli generalis stützt sich darauf, daß die Klage ein Unrecht bilde. Die exceptio doli lautete: si in ea re nihil dolo malo Ai Ai factum sit neque fiat.

oder wider Treu und Glauben verstoßen würde, eine Leistung von einem anderen zu verlangen. Wir kennen in den römischen Quellen keine Stelle, kein Senatusconsult, keine kaiserliche Konstitution, welche das Retentionsrecht im Prinzip regelt. Vielmehr beschränkte sich das römische Recht darauf, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob ein Retentionsrecht für vorliegend erachtet werden soll. Einige[2]) behaupten sogar, dem ältesten römischen Rechte sei ein Retentionsrecht überhaupt fremd gewesen. Schenk[3]) der das erste größere Werk über das Retentionsrecht geschrieben hat, legt die ersten Anfänge dieses Rechtes in die Zeit des alten römischen Zivilrechts und führt als Beleg die retentiones ex dote an. Als ältestes Zeugnis für die Retentionsbefugnis führt Dernburg[4]) die l. 2. pr. D. de lege Rhodia de iactu 14,2 an, in welcher von einem Retentionsrecht des magister navis an den geretteten Schiffsgütern die Rede ist.

Aber auch nicht in allen Fällen, in denen in den Quellen von „retineri" und „retentio" die Rede ist, ist an ein Retentionsrecht im technischen Sinne zu denken. Das Wort „retinere" wurde in der verschiedenartigsten Weise gebraucht. Einmal finden wir das „retinere" seinem grammatischen Wortlaute entsprechend als eine Sache im Besitze zurückhalten, was sich mit der Bedeutung des „retinere" bei den als interdicta „retinendae" possessionis bezeichneten interdicta utrubi und uti possidetis decken würde. Sodann wurde es angewandt an Stelle von compensare. Man sprach von „iure compensationis retinere",

[2]) Dernburg, Compensation, S. 365. Vgl. auch Endemann B. G.-B. I. S. 709, Anm. 2.

[3]) Retentionsrecht S. 2.

[4]) Dernburg, Comp. S. 365.

„ex compensatione retinere“.[5]) Ferner waren die konkreten, gesetzlich geregelten Fälle des Retentionsrechtes im Laufe der Entwickelung des römischen Rechtes sehr zahlreiche geworden und wurden auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse ausgedehnt. Es galt nun, wollte man einen einheitlichen Begriff für ein Retentionsrecht aufstellen, zunächst aus all den Fällen, in denen man von „retinere“, „retenone uti“, „retentionem habere“, „retinere posse“ sprach, alle diejenigen auszusondern, bei denen das Wort „retinere“ die spezifische Bedeutung des retinere beim Retentionsrechte hatte; sodann diese ausgeschiedenen Fälle auf ihre gemeinsamen Momente hin zu untersuchen, um dadurch die Grundsätze des Retentionsrechts festzulegen. Die Lösung dieser Aufgabe war der Wissenschaft überlassen. Inwieweit dieselbe einer solchen gerecht wurde, soll in dem unten vorgesehenen Abschnitt über die Begriffsbestimmung des Zurückbehaltungsrechtes des näheren beleuchtet werden. Das Eine kann jetzt schon gesagt sein. Die Aufgabe war, wie aus dem oben Gesagten ersichtlich ist, keine leichte. Die gemeinrechtliche Doktrin hat auch keinen einwandsfreien Begriff des Zurückbehaltungsrechtes aufzustellen vermocht.[6]) Ja, es wird sogar die Ansicht vertreten, „es lasse sich gar kein Prinzip für dieses Recht aufstellen, da die einzelnen Fälle, in denen es anerkanntermaßen stattfindet, juristisch zu verschieden seien“.[7])

---

[5]) Vgl. l. 2. 4 D. de comp. 16, 2 und 20. eod. tit. ferner fr. 15. § 2 D. de furt. 47, 2.

[6]) Ueber die gemeinrechtl. Litteratur vgl. v. Vangerow Pandekt. Bd. I. § 134.

[7]) Seufferts Archiv XXIII, 8 XXIV, 105. Vgl. auch Windscheid, kritische Vierteljahrsschrift S. 127.

Erst das moderne Recht hat im Wege der Gesetzgebung die Grundprinzipien des Zurückbehaltungsrechtes geregelt. Ein allgemeines Retentionsrecht enthält das A. L.-R. I 20 §§ 536 ff. und das sächsische G.-B. §§ 767 bis 769, ebenso das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 313—315, das neue in §§ 369—371; ferner das schweizerische Obligationsrecht in Art. 224—228 Der code civil[8]) dagegen stellt keine allgemeinen Grundsätze über das Zurückbehaltungsrecht auf, sondern regelt nur einzelne Anwendungsfälle, während das österreichische B. G.-B. §§ 336—474 ein Zurückbehaltungsrecht abhängig macht von dem Vorhandensein der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Als Ersatz verweist es auf Arrest und Sequestration.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch konnte sich der praktischen Bedeutung dieses Rechtes nicht verschließen und stellt in § 273 eine allgemeine Regel auf, die ein Zurückbehaltungsrecht begründet. Es wurde dazu bestimmt durch die Ansicht, „daß dieses Recht in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnisse des Verkehrs entspräche und daß die Aufstellung einer allgemeinen und mit Sicherheit zu handhabenden Regel wohl möglich sei, selbstverständlich vorbehalten, in besonderen Fällen, in welchen die Regel nicht paßt, die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts jedoch Bedürfnis ist, dasselbe durch besondere Bestimmung beizulegen". [9])

[8]) Z. B. Art. 1655, 1885, 1948, 2082.
[9]) Motive Bd. II, S. 41.

B. Abhandlungen.

§ 2.

I. Begriff des Zurückbehaltungsrechts.

Wir kommen nunmehr zu dem 1. Hauptpunkt unserer Abhandlung, der Erörterung über die Begriffsbestimmung des Zurückbehaltungsrechts.

Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts war im gemeinen Recht äußerst bestritten. Man gab für denselben die verschiedenartigsten Definitionen[10]). Die heterogensten Fälle wurden in den Bereich des Retentionsrechts gezogen, sodaß der Begriff desselben entstellt, und besonders grundsätzlich zu weit gefaßt wurde. Heisler[11]) mischt sogar ein völkerrechtliches Retentionsrecht — ein jus retentionis intra gentes —, wonach gefangene Soldaten oder das eroberte Lager auf Seiten des siegenden Staates bis zur Erfüllung der von dem Besiegten versprochenen Leistung retiniert werden dürfe, in unsere privatrechtliche Lehre vom Retentionsrecht. Die älteren Rechtlehrer, Schenk[12]), Sintenis[13]), Glück[14]) Faselius[15]) bezeichnen das Retentionsrecht als das Recht, eine körperliche Sache eines andern so lange an sich zu halten, bis die Forderung des Besitzers der Sache befriedigt wurde. Die neueren Rechtslehrer dagegen, Dernburg[16]),

---

[10]) Vgl. hierzu Schenk, Ret.-R. S. 37, Anm. 1.
[11]) Diss., de jure ret. § 23.
[12]) Schenk, Ret.-R. S. 36.
[13]) Pfand.-R. § 5, S. 21.
[14]) Comm. Bd. 15 § 936, S. 1115.
[15]) Lehre v. Ret.-R. Ed. II § 5.
[16]) Comp. S. 370.

Windscheid[17]), Goldschmidt[18]), erweitern den Begriff des Retentionsrechts dahin, daß sie ein solches an jeglicher Leistung anderer Art zulassen. Diese beiden Controversen suchte eine andere Ansicht dadurch zu lösen, daß sie im ersteren Falle von einem eigentlichen, im letzteren von einem uneigentlichen Retentionsrecht sprach[19]). Das alte Landrecht § 536 I 20. definiert, sich der älteren Doktrin anschließend, das Retentionsrecht als die „Befugnis des Inhabers einer fremden Sache, selbige so lange in seinem Gewahrsam zu halten, bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt ist".

Das Bürgerliche Gesetzbuch, die weitergehende Retentions-Befugnis anerkennend, regelt in dem durch das in Klammern beigefügte Wort „Zurückbehaltungsrecht" als Legaldefinition bezeichneten Parapraphen 273 in Absatz 1 das allgemeine Retentionsrecht und fügt im Absatz 2 noch zwei besondere Anwendungsfälle hinzu. Die allgemeine Legaldefinition des Bürgerlichen Gesetzbuch lautet.

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

Das Zurückbehaltungsrecht als besonderes Rechtsinstitut gibt demnach dem Schuldner das Recht, jegliche Leistung, die an sich zu bewirken wäre, zu verweigern, bis er wegen seines Gegenanspruchs befriedigt ist. Mit anderen Worten: der in Anspruch genommene Schuldner

---

[17]) Pand. Bd. II § 351, S. 359.

[18]) A. a. O. S. 962.

[19]) Seufferts Arch. VI Nr. 290, von Sarwey Com. z. K. O. I., S. 518.

stellt dem Gläubiger entgegen, daß er ihm ja auch als Gläubiger gegenüberzutreten befugt sei, daß umgekehrt der Gläubiger auch sein Schuldner sei. Aus dieser Begriffsbestimmung ist ersichtlich, daß das Zurückbehaltungsrecht insoweit eng begrenzt ist, als nicht in jedem Falle, in dem von „Zurückbehalten" gesprochen wird, ein Retentionsrecht in technischem Sinne vorliegt. Die Gründe, warum ich zurückhalte, können verschiedene sein, ebenso auch der Zweck. Zahlreiche Fälle der Retention einer Leistung müssen daher von unserem Institute streng geschieden werden. M. E. kann in folgenden sechs Fällen von einem Zurückhaltungsrecht seiner Individualität nach nicht die Rede sein:

1) bei dauernder Retentionsbefugnis;
2) im Falle der Retentionsbefugnis als Ausfluß eines anderen Rechts,
3) wenn erst die Leistung des einen die Gegenleistung des anderen erzeugt;
4) wenn der Gegner mit der Leistung voranzugehen hat,
5) im Falle der Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei synallagmatischen Verträgen,
6) wenn eine Leistung lediglich wegen Gefahr der Befriedigung verweigert wird.

Diese Punkte seien in Folgendem näher ausgeführt und begründet.

Aus der Definition des Zurückhaltungsrechts „..... bis zur ....." erhellt, daß das Zurückhaltungsrecht nur ein temporäres sein kann. Es sind demnach alle jene Fälle auszuscheiden, in denen dauernd retiniert wird. Dies wird überall da zutreffen, wo der Zurückbehaltende zur Leistung des Retentionsgegenstandes überhaupt nicht ver-

pflichtet ist, sich durch ihn deshalb auch keine Sicherheit verschaffen will, da ein Anspruch des Gegners gar nicht vorhanden ist. Hier wird der gegnerische Anspruch nicht nur gehemmt, sondern überhaupt vernichtet. Quellenmäßige Beispiele hierfür sind die retentiones ex dote[20]) und die retentio ex lege Falcidia[21]). Das Recht des Ehemanns wegen notwendiger Verwendungen einen entsprechenden Teil der dos nach Auflösung der Ehe zurückzubehalten, beruht nicht auf einem besonderen Retentionsrecht, da „ipso iure dos minuetur propter impensas necessarias", also ein Anspruch der Frau oder deren Erben auf diesen Teil der dos überhaupt nicht begründet ist. So heißt es auch in der L. 73 § 5 D. ad. leg. Falc. 35, 2, daß der Erbe die Befugnis habe, den vierten Teil der Erbmasse trotz weitergehender Vermächtnisse zurückzubehalten[22]). Die ältere Lehre sprach hier von einem ius retentionis perpetuae, — auch retentio peremptoria genannt, — im Gegensatze zu dem ius temporalis retentionis oder retentio dilatoria[23]). Auch das im BGB. § 1428 der Ehefrau besonders gewährleistete Recht bei erheblicher Gefährdung des Unterhalts der Kinder den Beitrag zur eigenen Verwendung zurückzubehalten, ist nicht identisch mit dem spezifischen Zurückbehaltungsrecht[24]).

---

[20]) 1. 5 pr. D. de impensis in res dotales factis. 25. 1 (Ulpian).

[21]) 1. 15 § 1 D. ad legem Falcidiam 35. 2 (Papinianus).

[22]) Vgl. auch L. 15 § 1,8 eod. tit.

[23]) Lauterbach, Diss. R. Grave de ret. 1 § 15 ff. nennt perpetua retentio diejenige, quae ipso jure fit und temporalis jene, quae ope exceptionis fit.

[24]) Vgl. auch § 1579 B. G. B. für den Fall der Scheidung; Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 105. — Crome, System des B. G. B. Bd. I, § 124 Anm. 11.

Aber auch im Falle einer nur zeitweisen Zurückbehaltung liegt nicht immer ein Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne vor. Besonders sind auszunehmen diejenigen Fälle, in denen die Zurückbehaltungsbefugnis auf einem anderen an sich weitergreifenden Vertrage oder sonstigen Rechtsverhältnisse beruht. Gemeint ist hier ein „Zurückbehalten", das ein anderes Recht natürlicherweise mit sich bringt, wie z. B. Nießbrauch, Pfandrecht, Mietsrecht. Das gemeine Recht unterschied hier zwischen einem ius retentionis qualficatum im Gegensatze zu dem ius retentionis simplex, dem eigentlichen ius retentionis. Diese Einteilung war jedoch sehr bestritten.[25]) Ebensowenig wie man dem Eigentümer, der aus seinem Grundstück Früchte zieht, einen besonderen Nießbrauch einräumen wollte, er vielmehr auf Grund seines Eigentumsrechtes zur Fruchtziehung berechtigt ist, ebensowenig kann man behaupten, der Pfandgläubiger habe an der Pfandsache ein besonderes Retentionsrecht. Erst wenn der Pfandgläubiger Verwendungen auf die Sache macht, steht ihm auch nach Tilgung der Pfandforderung und wenn auch an sich der Pfandkontrakt nichtig ist, wegen der Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht zu. Es liegt also auch bei zeitweiliger Zurückbehaltung jedesmal dann ein Zurückbehaltungsrecht in unserem Sinne nicht vor, wenn der Retinent noch ein anderes Recht hat, das ihn zur Retention befugt.

Es sind ferner jene Fälle auszuscheiden, in welchen die Leistung der einen Partei erst den Gegenanspruch der anderen zur Entstehung bringt. Der Retinent ist bis zur Leistung des anderen zu eigener Leistung gar nicht ver-

---

[25]) Vgl. Schenck, Ret.-R. § 52.

pflichtet; es kann also bis zu diesem Zeitpunkt von einem Zurückbehaltungsrecht keine Rede sein, denn es muß ja der Retinent zu der retinierten Leistung verpflichtet sein. Ist z. B. über eine Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so entsteht der Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines erst mit der Tilgung der Forderung, oder was einer solchen gleichsteht. Niemand wird aber behaupten können, daß bis zu diesem Zeitpunkte dem Gläubiger ein besonderes Zurückbehaltungsrecht zustehe. Wenn ferner z. B. derjenige, der etwas bedingungsweise versprochen hat, sein Versprechen solange zurückhält, bis der andere Teil die Bedingung erfüllt hat, so wird man ersterem doch kein eigentliches Retentionsrecht einräumen können, da bis zur Erfüllung der Bedingung für den Promittenten gar keine Verpflichtung existirt.

Es kann auch die Leistung des einen die Vorbedingung für seine Gegenforderung bilden, derart, daß an sich die beiden Ansprüche schon bestehen. Die Existenz der beiden Ansprüche ist hier nicht streitig, ebensowenig daß die schuldnerische Verpflichtung von einer gegnerischen Vorleistung abhängig wäre,. jedoch kann hier der Verpflichtete trotzdem verlangen, daß die andere Partei mit einer Leistung vorangehe. Hierher gehört die Einrede der Vorausklage. Nach BGB. § 771 kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, bis letzterer die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat. Der Gläubiger ist demnach verpflichtet, obgleich sein Anspruch gegen den Bürgen bereits zu Recht besteht, ihm etwas vorzuleisten, nämlich die versuchte Zwangsvollstreckung. Auch die nach kanonischem Rechte dem Spoliirten zustehende exceptio spolii, mit welcher er jeden Anspruch des Spolianten zurückweisen kann, bis der

entzogene Besitz ihm wieder zurückverschafft ist, stellt geradeso wie die eben erörterte exceptio exussionis keinen Anwendungsfall des Zurückbehaltungsrechts dar.[26])

Sodann ist von dem Zurückbehaltungsrecht zu unterscheiden der Fall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diese in § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuches begründete Einrede stellt sich dar als das Recht eines jeden aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichteten Kontrahenten die eigene Leistung zu verweigern bis zur Leistung des vertragsmäßigen Aequivalents. Auf den ersten Blick möchte es wohl scheinen daß diese beiden Rechte das „Verweigerungsrecht"[27]) und das „Zurückbehaltungsrecht" einander völlig gleichartig seien, namentlich da die Wirkungen dieselben sind, nämlich Verurteilung des Beklagten nnd Zwangsvollstreckung Zug um Zug. Zwar wird der wirtschaftliche Effekt der Geltendmachung der beiden Rechte im Ganzen sich decken, juristisch sind aber beide streng zu scheiden. Insbesondere liegt darin ein großer Unterschied, daß der Zweckbestimmung der beiden Rechte gemäß das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, während dies für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht zulässig ist. Schon in der synallagmatischen Natur der gegenseitigen Verträge ist es begründet, daß keiner der Kontrahenten ohne Gegenleistung selbst zu leisten verpflichtet ist, während das Zurückbehaltungsrecht ja hauptsächlich nur Sicherheit des Schuldners bezweckt. Enneccerus und Lehmann[28])

---

[26]) R. E. B. 7, No. 99, S. 329, R. G. 3. Civilsenat vom 24. 3. 1882.

[27]) Vergl. Matthiaß I. S. 331 § 86.

[28]) Bürg. Recht, Bd. 2 § 182. Vgl. auch Planck § 273. 2. Cosack B. G. B. § 86 S. 304; Schollmeyer Com. S. 88. Cretschmar B. G. B. Bd. I., S. 84, Crome, B. G. B. Bd. I, § 124, Anm. 11.

sehen den Grund für den Ausschluß der Kautionsleistung zur Abwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages darin, „daß letztere nicht nur Sicherung der Gegenforderung bezweckt, sondern auch die Unbilligkeit, die in dem Verlangen der Vorleistung liegt, abzuwehren bestimmt ist". Ueber das Verhältnis des Zurückbehaltungsrecht zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages herrschen die verschiedensten Ansichten. Die ältere Doktrin[29]) schloß aus der Natur der gegenseitigen Verträge, daß ein Anspruch überhaupt erst mit der Befriedigung oder dem Angebote der Gegenleistung zur Entstehung käme, bis dahin also überhaupt kein Anspruch existiere. Sie zählte demnach die exceptio non adimpleti contractus unter die unter Ziffer 3 angeführten Fälle, und schloß diese Einrede von dem Begriff des Retentionsrechts vollkommen aus. Auch Schollmeyer[30]) will den Begriff des Zurückbehaltungsrechts vollständig von dem der Einrede des nicht erfüllten Vertrages trennen. Fast allgemein werden jedoch heute beide Rechtsinstitute in Beziehung zu einander gebracht. Die einen[31]) bezeichnen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als eine besondere Anwendung, als den praktisch wichtigsten Fall des Zurückbehaltungsrechts, für den daher auch besonders gilt. Andere[32]) sind der Ansicht, die Einrede des nicht erfüllten

---

[29]) Schenck, Ret. R. S. 115, Luden, Ret. R. S. 21 Großkopf, Lehre vom Ret.-R. S. 14.

[30]) Com. zu § 273, S. 88. Crome, System, Bd. I, § 824, S. 547, vgl. hierzu Enneccerus und Lehmann, B. G. B. § 174, Anm. 1.

[31]) Stammler, S. 102, Enneccerus und Lehmann, S. 447, Anm. 2, Planck B. G. B. § 273, Ia. Oertmann B. G. B., S. 32, Matthiaß B. G. B. Bd. I, § 69, Seite 276; Krückmann, Inst. S. 177. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 374. Bunsen, Einf. S. 165.

[32]) Cosack B. G. B. Bd. I, § 80, S. 305. Kuhlenbeck I, S. 187, Haidlen, B. G. B. Bd. I, S. 334. Meisner, Recht d. Schuld-

Vertrages stelle sich als ein Zurückbehaltungsrecht im weitern Sinne dar, im Gegensatze zu dem technischen Zurückbehaltungsrecht des § 273. Letztere Ansicht lassen auch die Motive[33]) zu. Welche Ansicht die richtige sein mag, soll dahingestellt bleiben. M. E. wäre das im § 273 geregelte Recht als Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne aufzufassen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als ein Zurückbehaltungsrecht im engeren Sinne, was sich in etwa der ersten der oben angeführten Ansichten nähern würde. Als Gründe hierfür führe ich an: Allgemeine Voraussetzung des Retentionsrechts ist, daß die beiden Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Dies ist immer der Fall bei gegenseitigen Verträgen, sowie bei unvollkommenen gegenseitigen Verträgen. Ein Retentionsrecht greift ferner Platz, bei einem Anspruche wegen Verwendung auf eine Sache und wegen eines durch eine solche verursachten Schadens. Nur in dem einen dieser Fälle, wenn es sich nämlich um gegenseitige Verträge handelt, kann an Stelle der Retentionseinrede die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf Grund der abweichenden Vorschriften des § 320 geltend gemacht werden. Es rechtfertigt sich hiernach die Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht als das weitergehende, in den verschiedensten Fällen anwendbare zu betrachten ist, während die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sich sonach als ein Zurückbehaltungsrecht im engeren Sinne darstellt. Identisch ist also die Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit dem Zurübehaltungsrecht

---

verh. Com. § 273, Note 2. Kaufmann, Com. u. Inst. z. B. G. B. S. 80, Engelmann, § 96, S. 260.

[33]) S. 42 unten.

keineswegs, mag immerhin eine Unterscheidung der beiden Begriffe unklar und schwankend sein.[34])

Daß auch das Gesetz eine Unterscheidung dieser beiden Begriffe besonders hervorhebt, ergibt sich auch daraus, daß der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch im ersteren Falle von „Leistung verweigern", nicht von „Zurückhalten" spricht, da „das letztere Wort wegen des für die in §§ 233 ff behandelten Fälle technisch angewandten Wortes „Zurückbehaltungsrecht" zu Verwirrungen Anlaß geben könnte".[35]) Es erübrigt sich noch von den Fällen zu sprechen, in denen eine Leistung lediglich wegen Gefahr der Befriedigung zurückbehalten wird. Auch diese Fälle sind von dem Begriff des technischen Zurückbehaltungsrechts zu trennen. Es liegt allerdings im Zwecke des Zurückhaltungsrechts, sich eine Sicherheit wegen eines Anspruches zu verschaffen, doch folgt hieraus noch nicht, daß überall da, wo jemand, um sich zu sichern, etwas zurückbehält, ein Zurückbehaltungsrecht vorliege. Oft wird im Falle einer Retention nicht die mindeste Gefährdung, auch nicht die geringste Schwierigkeit der Beitreibung der Gegenforderung vorhanden sein. Die Billigkeitsrücksicht verleitet zu leicht dazu, ein Retentionsrecht zuzugestehen, wo ein solches durch Gesetz nicht gestattet ist. Es will hart erscheinen, dem Besitzer einer Sache, der an den Eigentümer eine schwer beizutreibende Forderung hat, ein Retentionsrecht nicht zu gewähren. Wenn z. B. A. das ihm von B. geliehene Buch zurückbehält, weil B. ihm 10 schuldet, so tut A dieses sicherlich nicht auf Grund eines ihm zustehenden Retentionsrechtes. Er schützt seine gefährdete Forderung

[34]) Vergl. Laband, Arch. für civ. Praxis, Bd. 73, S. 195. Weyl, Kritische Vortr. u. d. BGB. S. 335.

[35]) Motive S. 202, Anm. 1.

durch eine Maßregel, die alles andere sein kann, als ein Retentionsrecht, zumal letzteres auf besonderen Voraussetzungen beruht.

Ein besonderes Retentionsrecht enthält das Handelsgesetzbuch[36], das sogenannte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Dieses im Handelsverkehr wichtige, dem Pfandrecht ähnlich geartete Institut soll der Vollständigkeit halber kurz Erwähnung finden. Seine wesentlichen Voraussetzungen sind:

a) Gläubiger und Schuldner müssen beide Kaufleute sein.
b) Es ist nur statthaft bei beiderseitigen Handelsgeschäften.
c) Die Forderung muß fällig sein.
d) Die Zurückbehaltung darf nicht im Widerspruch mit der Natur des Vertrages d. h. der übernommenen Verpflichtungen stehen, z. B. Transport, Ablieferungsverpflichtung.

Das Retentionsrecht umfaßt die beweglichen Sachen und Wertpapiere des Schuldners, welche mit dessen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Connossement, Lagerschein, Ladeschein darüber verfügen kann. Praktisch wichtig wird das kaufmännische Retentionsrecht erst, wenn der Schuldner in Vermögensverfall gerät. Sowie nämlich über das Vermögen des Schuldners der Konkurs ausgebrochen ist, oder er seine Zahlungen eingestellt hat, oder wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners fruchtlos verfügt ist, ist ein solches zulässig,

---

[36]) § 369 ff. Über das Verhältnis des bürgerl. Zurückbehaltungsrechts zu dem kaufm. R. R. siehe Scherer § 273, 3.

auch wegen nicht fälliger Forderungen und wenn auch der Retentions-Gegenstand nicht vertragsmäßig in die Hände des Gläubigers gelangt ist. Abgesehen von diesen abweichenden Vorschriften bezüglich der Voraussetzungen liegt namentlich darin ein großer Unterschied zwischen dem kaufm. Zurückbehaltungsrecht und unserem Institute, daß ersteres die weitergehende Befugnis der Befriedigung aus der Sache zuläßt, und daß der Umfang desselben sich nach dem jeweiligen Stande der Forderung richtet.

Das Resultat der vorstehenden Erörterungen ist folgendes: Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts umfaßt nicht alle Fälle eines „Zurückbehaltens". Dieses Recht stellt sich vielmehr in seiner Beschränkung dar als die Befugnis eines an sich zu einer Leistung Verpflichteten, der seinerseits etwas von dem Berechtigten zu fordern hat, die eigene Leistung solange abzulehnen, bis auch der Gegner seinem Anspruch Genüge leistet.

§ 3.

II. Entstehung des Zurückbehaltungsrechts.

Was die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts anlangt, so kann ein solches wie nach gemeinem Recht so auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch auf zwei Arten begründet werden, — durch Vertrag oder durch Gesetz. —

Gemeinrechtlich war die Frage über die Zulassung eines vertragsmäßigen Retentionsrechts äußerst bestritten. Wohl die meisten Rechtslehrer[37]) erklären sich für die Möglichkeit eines solchen und teilen das Retentionsrecht ein in ein ius retentionis voluntarium und ein ius reten-

[37]) Schenck, Ret.-R. § 46, Langfeld S. 85, Glück, Com. S. 119.

tionis necessarium oder legale, je nachdem der Parteiwille oder das Gesetz bei seiner Entstehung in Frage kommt. Eine weitere Einteilung des ersteren in ein iuris retentionis conventionale und testamentarium bestimmt sich danach, ob der das ius retentionis begründende rechtsgeschäftliche Parteiwille unter Lebenden oder von Todeswegen kundgegeben war. Es hat auch nicht an Schriftstellern gefehlt, welche die Ansicht vertraten, ein vertragsmäßiges Retentionsrecht sein ein Unding.[38] Während Luden auf den Mangel quellenmäßiger Belegstellen für ein sog. „freiwilliges" Retentionsrecht hinweist und als einzig mögliche die l. 30 D. de pign. act. XIII. 7. bemerkt, führt Sintenis,[39] der die obige Einteilung als fundamentale verwirft und das gesetzliche ius retentionis für das alleinige hält, ohne jedoch die Möglichkeit eines ius retentionis voluntarium zu leugnen, als Beispiel eines vertragsmäßigen Retentionsrechts den Fall an, daß der Eigentümer dem malae fidei possessor auch wegen der nur nützlichen Aufwendungen die Zurückbehaltung der Sache bis zur Erstattung der Kosten erlaubt.

Gemäß dem im heutigen Rechte herrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit, steht der Begründung eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts nichts im Wege, wenn eine solche nur nicht gegen gesetzliche Verbote verstößt.[40] Dieser Vertragswille der Parteien kann natürlich nicht nur ein ausdrücklicher sein, sondern auch stillschweigend durch konkludente Handlungen und Erklärungen an den Tag gelegt werden. Letzteren Falles wird es allerdings meist

---

[38]) Luden, Ret. R. S. 27 ff., Großkopf, § 11, S. 71.
[39]) Civilrecht § 91, Anm. 84.
[40]) Vgl. Entsch. d. R.-G. Bd. 16, S. 117 f. Bd. 20, S. 135.

schwierig sein zu beurteilen, ob die Absicht der Beteiligten dahin geht, nur ein Retentionsrecht und nicht etwa ein weitergehendes Pfandrecht zu begründen. Es kann dies nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Vom Standpunkte des Zurückbehaltenden aus wird zwar überhaupt praktisch ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht wenig Verbreitung finden, weil jener, wenn er sich einmal Sicherheit verschaffen will, sich dazu eines viel wirksameren Rechtes, z. B. des Pfandrechtes bedienen wird. Vorkommenden Falles wird ein solches meist dann vereinbart werden, wenn das Retentions-Objekt keinen Verkaufswert hat, z. B. der Taufschein, Urkunden,[41]) vielleicht auch wegen einer noch nicht fälligen Forderung.

Es wirft sich ferner hier die Frage auf, inwieweit durch die Willenserklärung der Beteiligten etwas an den sonst gesetzlichen Grundsätzen des Retentionsrechts geändert werden kann. Unzweifelhaft ist, daß, soll ein Retentionsrecht, welches ein solches und kein anderes Recht ist, vereinbart werden, die Essentialien unseres Rechts nicht umgestaltet werden dürfen. Mag also immerhin der Parteiwille darauf gerichtet sein, ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, das Gesetz oder der Richter wird entscheiden müssen, ob im konkreten Falle ein solches vorliegt. Trotzdem z. B. der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien auf Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet ist, kann von einem solchen nicht die Recht sein, wenn seinen gesetzlichen Erfordernissen nicht Genüge geleistet ist. Der Richter hat zu prüfen, ob die Essentialien, Einigung über Waare und Preis, erfüllt sind, ob nicht ein anderer Vertrag vorliegt,

---

[41]) Ueber d. Zurückbehaltungsrecht von Urkunden, vgl. Scherer. Recht der Sch., Note 10, zu § 273.

um dann daran die Rechtsfolgen zu knüpfen, die das Gesetz diesem Typus zuweist. Ebenso wird ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht den Erfordernissen des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts folgen müssen, damit es sich als ein wirkliches Zurückbehaltungsrecht und kein anderes Recht charakterisirt. Selbstverständlich ist dem Vertragswillen ein weiter Spielraum gelassen, insoweit als er minder wesentliche Bestandteile abändern kann, wenn nur das Recht in seiner Individualität dies zuläßt.[42]) Letzteres ist bei dem gesetzlichen Zurückbehaltungsrecht nicht möglich. Seine Voraussetzungen sind gesetzlich, wie wir in folgendem sehen werden, genau fixiert.

§ 4.

III. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts im Allgemeinen.

Ebenso wie bezüglich der Begriffsbestimmungen herrschten auch in Ansehung der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts im gemeinen Rechte die verschiedensten Ansichten. Uebereinstimmend wurde nur betont, daß erforderlich seien 2 einander gegenüberstehende Ansprüche, die nicht gleichartig sind. Im übrigen aber kam man über den Bereich der Kontroversen nicht hinaus. Grundlegend für die Bestimmung der Erfordernisse des Zurückbehaltungsrechts war dessen Begriffsbestimmung, je nachdem es auf die Innehabung einer Sache beschränkt wurde, oder ein solches auf Leistungen jeder Art ausgedehnt wurde. Allein

[42]) Dagegen Dernburg, BGB. § 86 S. 124. Schollmeyer Com. § 273, S. 88 oben: „Bei den vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechten richtet sich alles dem Inhalt der sie begründenden Verträge und ihrer etwaigen Nachträge".

steht wohl Großkopff[43]) da, wenn er behauptet, das Retentionsrecht setze gar keine Forderung voraus, es sei lediglich da gegeben, wo Bestandteile des eigenen Vermögens wegen Verwendungen oder in anderer Beziehung in einer fremden Sache stecken. Die älteren Schriftsteller[44]), welche im Anschluß an die Bedeutung des Wortes retinere ein Retentionsrecht nur an einer körperlichen Sache zulassen, stellen als Voraussetzungen des Retentionsrechts auf,

1. den Besitz,
2. einer Sache,
3. eine Forderung, für welche das Retentionsrecht ausgeübt wird.

Die neueren Rechtslehrer dagegen, welche die enge Grenze überschritten und prinzipiell ein Retentionsrecht zulassen an jeglicher Leistung, halten für erforderlich einmal einen Anspruch des Retentionsgegners, welcher retinier wird, sodann einen Anspruch des Retinenten, für welchen retiniert wird. Wann aber der Retinent dem Gegner sein Eigentum vorenthalten darf, wann ferner bei 2 gegenüberstehenden Ansprüchen ein Retentionsrecht gegeben sei, darüber kann die gemeinrechtliche Wissenschaft zu keinem befriedigenden einwandsfreien Resultat. Sollte zu Recht retiniert werden dürfen, so hielt man ein weiteres Erfordernis für notwendig, nämlich das Vorhandensein eines die Retentionsbefugnis erteilenden Rechtsgrundes. Man suchte wiederum aus der Zahl der Anwendungsfälle ein allgemeines Prinzip für das Vorliegen eines solchen zu finden. Die Rechtslehrer, mit wenigen Ausnahmen, erachteten einen solchen für gegeben, wenn der Anspruch des

[43]) Ret.-R. § 7, S. 34 a. a. O.
[44]) Schenck, Ret.-R. § 17.

Retinenten, zu dem des Retentionsgegners in einem besonderen ursächlichen Zusammenhang steht. Diesen nannten sie Connexität und nur wenn eine solche vorlag, konnte retiniert werden. Doch war hiermit noch nicht viel gewonnen. Denn darüber, welcher Art dieser Zusammenhang sein mußte, wurde keine Einigkeit erzielt. Schenck[45]) versteht unter Connexität „ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnis der Forderung zu der res retinenda". Luden begreift ähnlich den Fall für Connexität, „wenn die Forderung dessen, der retinieren will, zu der Sache, die retiniert werden soll, in Beziehung steht". Schenck[46]) macht sogar einen Unterschied zwischen ursprünglicher und positiver Connexität. Erstere liege dann vor, wenn das Verwandtschaftsverhältnis der Forderung zu der res retinenda gleich mit der Forderung und durch dieselbe entsteht und zwar in der Weise, daß die Sache selbst die mittelbare oder unmittelbare Veranlassung der Forderung sei, z. B. die Fälle der Retention wegen Verwendungen, die Retention für eine aus demselben Rechtsverhältnis entstandene Forderung. Positive Connexität dagegen sei eine solche, bei der ursprünglich zwischen der Forderung und der res retinenda keinerlei Verbindung bestand, diese vielmehr erst durch ausdrückliches Gesetz oder den Willen der Beteiligten positiv geschaffen wurde, z. B. das vertragsmäßige Retentionsrecht und das Retentionsrecht der lex Gordiana. Dernburg[47]), der das Wirtschaftliche betont, sieht in der Connexität die „wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Gegenansprüche", die durch denselben Entstehungsgrund oder durch die Beziehung auf dasselbe

[45]) Ret.-R. S. 155.
[46]) Ret.-R. § 45, S. 144 ff.
[47]) Pand. Bd. I, S. 328, ferner S. 687.

Objekt gegeben ist. Am weitesten faßt Goldschmidt[48]) den Begriff des Retentionsrecht, indem er Connexität überall da anerkennt, wo „Haupt- und Gegenanspruch einem Complex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder dem Willen der Beteiligten eine natürliche bezw. gewollte Einheit bilden". Aehnlich die neueren Rechtslehrer[49]). Sieht man schon aus den verschiedenartigsten Begriffsbestimmungen der Connexität, wie schwierig es ist, ein sicheres Prinzip für dasselbe aufzustellen, so muß man mit Windscheid[50]), Großkopff[51]), Faselius[52]), dazu hinneigen, zu sagen: „Ein alle Anwendungsfälle umfassendes Prinzip kann nicht aufgestellt werden, es muß vielmehr, abgesehen von den Fällen, in denen die Connexität durch das Rechtsverhältnis gegeben und zweifelsfrei ersichtlich ist, zugesehen werden, ob im concreten Falle mit Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit und Billigkeit eine Retentionsbefugnis gerechtfertigt erscheint oder nicht. Nur in einzelnen gesetzlich geregelten Fällen wird von dem Erfordernis der Connexität abgesehen, z. B. beim sogenannten gordianischen Ret. R.[53]). Diese

---

[48]) § 94, S. 974, ebenso R.G.E. 14, Nr. 233, 22, Nr. 215.

[49]) Dernburg, BGB § 80, S. 125 nennt solche Rechtsansprüche connex, welche eine natürliche oder auf dem Parteiwillen beruhende Einheit bilden. Aehnlich Matthiaß, BGB § 96.

Planck, Com. § 273 II. Endemann, BGB § 126 II: „Wenn die Ansprüche aus einer Wurzel entsprungen und der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit stehen."

[50]) Kritische Vierteljahrsschrift, S. 127.

[51]) Ret.-R. § 16, S. 108.

[52]) Ret.-R. § 22.

[53]) l. un. § 2 und 3 C etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Schenck Ret.-R. § 45 S. 147 führt, wie oben erwähnt, die lex Gordiana als Beleg für den Fall positiver Connexität

lex Gordiana verordnet, daß der Pfandgläubiger das Pfandobjekt trotz Tilgung der Forderung wegen anderer blos chirographarischer Geldforderungen zurückbehalten darf. Diesen Fall aber als Beweis dafür anzusehen, daß Connexität nicht erforderlich wäre, ist unrichtig; es bestätigt vielmehr diese besondere Vorschrift als Ausnahme die Regel.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 273, Abs. I die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts generell geregelt. Wie im gemeinen Rechte sind auch hier 2 einander gegenüberstehende Ansprüche erforderlich, ein fälliger Anspruch des Schuldners, der zur Verweigerung der dem Gläubiger zustehenden Forderung berechtigt. Auch an dem Erfordernis der Connexität der beiden Ansprüche hat das Bürgerliche Gesetzbuch festgehalten[54]). Ganz allein bestimmt es, daß diese „aus demselben rechtlichen Verhältnisse" sich herleiten müssen. Der Unsicherheit hat jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch mit dieser Bestimmung kein Ende gemacht. Insbesondere erscheint mir zweifelhaft, ob der Gesetzgeber mit diesem neuen Begriff den gemeinrechtlichen Ausdruck „Connexität" ersetzen wollte, oder ob er nur sagen wollte, wenn die Ansprüche „auf demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen ist Connexität, d. h. der innere Zusammenhang derselben außer sonst möglichen Fällen gegeben. Ich neige der letzteren Unterstellung zu, zumal sicherlich die nach § 273, Abs. 2 sich gegenüberstehenden Ansprüche nicht auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen müssen, die Connexität beider jedoch ohne weiteres klar ist. Die beiden Begriffe „Connexität" und „auf demselben rechtlichen Ver-

an, und erklärt diese nicht nur für keinen Beleg gegen das Prinzip der Connexität, sondern nicht einmal für einen Ausnahmefall.

[54]) Anders HGB §§ 369 ff. Siehe oben § 2 Ende.

hältnis" sind daher zu scheiden. Daraus, daß diese Unterscheidung nicht genug betont ist, erklären sich zahlreiche in der heutigen Litteratur in Bezug auf das Zurückbehaltungsrecht vorkommende Mißverständnisse. Wann ferner „dasselbe rechtliche Verhältnis" vorliegt, läßt das Gesetz ebenfalls unbeantwortet[55]). Ist unter „demselben rechtlichen Verhältnisse" dasselbe zu verstehen, wie unter „demselben Rechtsverhältnisse" oder nicht? Die Frage dürfte im bejahenden Sinne zu beantworten sein. Beide Ausdrücke behaupten nichts anderes, als „dasselbe rechtlich geordnete Lebensverhältnis"[56]). Den Grund, warum uns das Gesetz hier im Unklaren läßt, geben uns die Motive an[57])! „Der Richter soll unbehindert sein im Einzelfalle durch Prüfung auf Grund des erwähnten Prinzips zu entscheiden, ob ein Auseinanderreißen der aktiven und passiven Seite eines und desselben rechtlichen Verhältnisses zum Nachteile des wegen einer Leistung Belangten stattfinden würde, ob demnach ein Retentionsrecht begründet sei, oder nicht". Sehr oft wird der Richter demnach dem Gebote der Billigkeit vornehmlich Rechnung tragen müssen. Also nicht nur wenn aus einem bestimmten Rechtsverhältnis wechselseitig Leistung und Gegenleistung einander gegenüber stehen, ist Connexität begründet, vielmehr auch dann, wenn die natürliche oder gewollte Einheitlichkeit eines faktischen Verhältnisses es als wider Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen würde, wenn der eine eine Leistung verlangt, ohne seinerseits die geschuldete Leistung zu gewähren[58]).

---

[55]) Vgl. hierzu Seufferts Allgem. Grundsätze in d. Entwurf z. BGB S. 10 ff. [56]) Vgl. hierzu Laband, Arch. f. civil. Praxis, Bd. 73, S. 191 ff. [57]) Motive, Bd. II, S. 40.

[58]) Vgl. O.L.G. Hamburg v. 26. 10. 01. Reichsger.-Entsch. Bd. 14 Nr. 57.

Hiermit ist ein Zurückbehaltungsrecht in weitem Umfang gegeben. Verkannt sei jedoch nicht, daß Treu und Glauben insoweit einer Einschränkung unterworfen ist, als immerhin als oberstes Prinzip gelten muß, daß der Anspruch auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhe, sonst hätte der Gesetzgeber auf jene Voraussetzung allein sich berufen können, ohne einen neueren unsicheren Begriff einzuführen[59]).

Wir sehen aus dem Gesagten, daß auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Begriff des Zurückbehaltungsrechts noch immer ein schwankender bleibt und kommen nunmehr zu dem Ergebnisse, die Voraussetzungen im Bürgerlichen Gesetzbuche sind:

1. ein Anspruch des Schuldners,
2. ein Anspruch des Gläubigers,
3. Connexität dieser beiden Ansprüche.

Um Undeutlichkeiten zu vermeiden, sei im Folgenden der Retinent mit „Schuldner", der Retentionsgegner mit „Gläubiger" bezeichnet.

Ich betone dies hier, weil die eigenartige Stellung der in unserer Abhandlung sich gegenüberstehenden Parteien, welche jede in ihrer Person zugleich Gläubiger und Schuldner ist, leicht zu Verwirren Anlaß geben könnte.

§ 5.

1. Anspruch des Schuldners.

Das erste Erfordernis für die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts ist, daß dem Schuldner ein Anspruch zusteht, wegen dessen er retiniert. Ein solcher kann nun dinglicher, wie obligatorischer Natur sein. Dieser

[59]) Vgl. Endemann, § 126, Anm. 7.
Dagegen Scherer II, § 273, Note 8, Abs. 12.

Unterschied wird klar, wenn wir uns folgendes vergegenwärtigen. Ein dingliches Recht sättigt seinen Inhaber sofort, er ist zufrieden mit seiner gegenwärtigen Rechtslage. Erst wenn sein Recht verletzt wird, entsteht eine Spannung auf die Zukunft, also ein Anspruch, der dinglicher Anspruch genannt wird. Anders bei obligatorischen Rechten. Hier entsteht sofort eine Spannung auf die Zukunft, ein Anspruch, der hier obligatorischer Anspruch genannt wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch betont in seiner Anspruchdefinition die persönliche Seite, die subjektive Berechtigung und bezeichnet in § 194 den Anspruch als das von einem anderen ein Tun oder Unterlassen, mit anderen Worten eine Leistung zu verlangen. Wie muß nun dieser Anspruch des Schuldners beschaffen sein? Zunächst muß er sich als ein rechtlich begründeter darstellen, namentlich darf ihm keine Einrede entgegenstehen[60]. Von dem Erfordernisse der der Klagbarkeit[61]) jedoch hat man abgesehen, zumal auch eine naturalis obligatio rechtliche Wirkungen in soweit erzeugt, als namentlich eine in Unkenntnis der Klaglosigkeit geschehene Leistung nicht mit der condictio indebiti zurückverlangt werden kann. Umgekehrt ist das Zurückbehatungsrecht keineswegs beschränkt auf Fälle, in denen die klageweise Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen ist. Dies war auch die Ansicht der gemeinrechtlichen Wissenschaft[62]). Die Motive sagen hierüber: „Vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches aus, welches klaglose Ansprüche nur in wenigen Ausnahme-

[60]) Ueber die Einrede der Verjährung, vgl. unten § 5. 1.

[61]) Vgl. Scherer, II, § 273, Note 5. Dagegen Goldmann-Lilienthal § 82, S. 315.

[62]) Schenck, Ret.-R. S. 118, Glück, Com. Bd. 15, S. 123, Dernburg, Pandekt. Bd. I, S. 328.

fällen kennt, ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechts der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann. Im Gegenteil mit der vollen Wirksamkeit des Anspruches ist auch beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist[63]). M. E. muß ein Zurückhaltungsrecht jedoch gegenüber solchen natürlichen Verbindlichkeiten versagt werden, deren Unerzwingbarkeit das Gesetz besonders betont, z. B. die Forderungen aus Spiel und Wette § 762, des Ehemaklers § 656. Ueber das Zurückbehaltungsrecht gegenüber verjährten Ansprüchen siehe unten § 8, I.

Auch inhaltlich ist der Anspruch in keiner Weise beschränkt. Nur darf er nicht mit dem seines Gegners gleichartig sein, denn sonst wären ja die Voraussetzungen einer Compensation vorhanden. Formell kann man auch bei Gleichartigkeit der beiden Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht konstruieren. Aber einerseits würde derjenige, welcher trotz der Möglichkeit der Aufrechnung fordert, sich der Chikane schuldig machen, und es würde der Satz Marc Aurels auf ihn Anwendung finden: dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est, andererseits würde auch der Retinent einer compensablen Forderung dolos handeln, wenn er von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch machen und so die Realisierung beider Ansprüche verlangen wollte[64]). Es wird daher in diesem Falle immer Compen-

---

[63]) Motive, II 43.

[64]) Vgl. Dernburg, Com. S. 371. Langfeld, Ret.-R. S. 115.

sation eintreten müssen. Nur dann wäre ein Zurückbehaltungsrecht möglich, wenn die Aufrechnung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, z. B. § 394.

Es fragt sich ferner, muß der Anspruch des Schuldners dem des Gegners gleichwertig sein, d. h. kann der Retinent eine Leistung zurückbehalten, wenn dieselbe an Wert seinen eigenen Anspruch übersteigt? Die Frage wurde allgemein im bejahenden Sinne beantwortetet[65]). Es mag allerdings eine Härte gegen den Gläubiger darin liegen, wenn z. B. einer 1000 schuldet die Bezahlung derselben wegen fälliger 10 verweigerte. Hier hilft uns das unser ganzes Rechtsleben beherrschende Prinzip der Billigkeit. Ueberall da, wo es unbillig erscheinen würde, daß um eines geringen Anspruchs willen eine Retentionsbefugnis bestehe, wird eine solche zu versagen sein, sonst wäre ja der Chikane Tür und Tor geöffnet. Im Prinzip jedoch wird man m. E. dem Retinenten das Recht zugestehen müssen, seine ganze Leistung zurückzuhalten mag sein Gegenanspruch auch noch so geringwertig sein[66]). Dieses entspricht auch der Tendenz unseres Rechtsinstituts, das als Sicherungsmittel und nicht zur Befriedigung oder Deckung dienen soll. Es wird doch dem Zurückhaltungsberechtigten auch nicht zugemutet werden können, durch teilweise Leistung sich seiner Sicherheit zu entheben, oder sie doch zu gefährden. Die Anwendung von § 320, II ist auf die exceptio no adimpleti contractus beschränkt. Es gibt ja auch Fälle, in denen eine Annäherung der beiden Ansprüche bis zur Gleichwertigkeit nicht möglich ist, namentlich bei unteilbaren

[65]) Schenck S. 70, Luden S. 87.

[66]) Vgl. Staudinger § 273 Note 5. — Cretschmar BGB. § 173 S. 84. Dagegen Belkin, Diss. Rostock 1902. — Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, II. Buch, § 273, Note 8 Abs. 3.

Leistungen, während wiederum bei einer ganzen Reihe einander gegenüberstehender Ansprüche, z. B. Kauf, Tausch, Gleichwertigkeit angenommen werden muß, weil beide Parteien im Momente des Vertragsabschlusses kundgegeben haben, daß für sie das Kauf- oder Tausch-Objekt denselben Wert hat.

Im Anschluß an die gemeinrechtliche Lehre[67]) hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch an der Fälligkeit des schuldnerischen Anspruches festgehalten, insbesondere darf der Anspruch nicht von einer Vorleistung abhängig, nicht betagt und nicht bedingt sein. Dies entspricht vollständig dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts als Billigkeitsrecht, das ja auch die Interessen des Gläubigers wahrnehmen muß. Daß Letzterer nicht leistet, weil die Schuld noch nicht fällig ist, kann ihm niemand verargen, andernfalls würde der retinierende Schuldner sich nicht nur Sicherung, sondern sogar vorzeitige Befriedigung verschaffen. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer erst im Laufe des Prozesses fällig gewordenen Forderung wird auch als unzulässig bezeichnet. Der beklagte Schuldner würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte er aus seinem eigenen Verzug seine Rechtslage verbessern[68]). Ich halte dagegen die Ansicht der Billigkeit angemessener, daß die Fälligkeit des Anspruchs in dem Zeitpunkte vorliegen muß, in welchem das Zurückhaltungsrecht seine Wirksamkeit äußern soll. Es genügt daher, wenn derselbe beim Erlaß des Urteils — auch desjenigen in der Berufungsinstanz — fällig ist[69]). Wann aber ein Anspruch fällig ist, darüber gibt das Gesetz keine genaue Auskunft. Das Bürgerliche

[67]) Schenck, S. 126, Langfeld, S. 117. Motive, Bd. II, S. 42

[68]) OLG 3. 7. 97, Hamburg.

[69]) Goldmann-Lilienthal, § 83, S. 316.

Gesetzbuch nimmt den Begriff der Fälligkeit aus der bisherigen Rechtssprache auf, und gebraucht denselben in den verschiedensten gesetzlichen Bestimmungen, z. B. § 101, 2 in Bezug auf fällige Früchte, § 609 vom Darlehn, ferner § 284 2, 291 ꝛc. Einen einheitlichen Begriff stellt das Gesetz jedoch keineswegs auf. Auch im gemeinen Recht standen sich die verschiedensten Ansichten gegenüber. Die ältere Theorie[70]) begreift unter Fälligkeit den Moment, in dem die Erfüllung der Leistung verlangt werden kann und geleistet werden muß. Dieses ist zugleich der Moment der Entstehung der Forderung. Andere Rechtslehrer[71]) fassen den Begriff der Fälligkeit enger und mit Recht auch, und bezeichnen als alleinige Voraussetzung derselben lediglich den Umstand, daß der Anspruch weder betagt noch bedingt sei. Im Grunde genommen drückt die erste dieser beiden Begriffsbestimmungen ebenso wie die Anspruchserklärung des 194 nichts anderes aus, als die Tatsache, daß jemand berechtigt ist, eine Leistung zu verlangen. Dieses Recht auf eine Leistung, der Anspruch kann aber wohl vorhanden sein, ohne daß sie auch fällig wäre, z. B. ein Leihvertrag auf 10 Jahre läßt sofort auf Seiten des Verleihers den Anspruch auf Rückgabe nach Ablauf der Zeit entstehen, fällig aber ist er erst nach 10 Jahren.

Die erste Definition ist demnach unrichtig und es ist wohl angängig, zur letzten hinzuneigen und einen Anspruch nur dann fällig zu nennen, wenn er nicht betagt und nicht befristet ist[72]). Nur in wenigen Ausnahmen und aus

---

[70]) Sintenis, Civ. R. § 91 S. 151.

[71]) Goldschmidt, Bd. I, 2, § 94, Nr. 7.

[72]) Vgl. BGB § 178. Dernburg, BGB § 57, S. 125. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 7.

besonderen Gründen kann im Wege der einstweiligen Verfügung auch wegen nicht fälliger Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht statthaben[73]).

Liquidität des Anspruches ist ebenso wie im gemeinen Recht nicht erforderlich, eine solche könnte nur für die prozessuale Wirksamkeit in Betracht kommen, z. B. im Urkundenprozeß § 592[74]). Es bedarf wohl weiter keiner Erörterung, wenn schließlich der Anspruch nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen darf § 125.

§ 6.

2. Anspruch des Gläubigers.

Dem Anspruch des Schuldners muß ein solcher des Gläubigers gegenüberstehen, welcher vom Schuldner retiniert wird. Dieser Anspruch besteht auch hier in dem Rechte, von dem Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Daß der Anspruch auch fällig sein muß, ist hier selbstverständlich, sonst könnte der beklagte Schuldner, sollte der Gläubiger nicht von vornherein mit der Klage abgewiesen werden, die Einrede geltend machen, daß die Schuld noch nicht fällig sei; er brauchte sich gar nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht zu berufen. Auch dieser Anspruch muß rechtlich anerkannt sein. Zweifellos ist ferner, daß im Gegensatze zum Anspruch des Schuldners der gläubigerische Anspruch immer ein klagbarer sein muß; gegenüber klaglosen Ansprüchen liegt kein Bedürfnis für ein Zurückbehaltungsrecht vor. Unerheblich dagegen ist, ob er auch im Prozesse geltend gemacht ist, denn die Zurückbehaltungs-

---

[73]) CPO §§ 935 und 938.

[74]) Vgl. Meisner, Kom. § 273, Note 1.
Schenck, S. 130; Glück, Com., Bd. 15 S. 124, Langfeld, S. 117.
Anders das ALR I, 20 § 11.

befugnis ist eine Folge des faktisch zwischen den beiden Parteien bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses und nicht die Folge der prozessualen Geltendmachung.[75])

Ferner ist der Anspruch abweichend von der älteren gemeinrechtlichen Doktrin und den modernen Gesetzen[76]) dem Gegenstande, sowie dem Umfange nach unbeschränkt. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch können nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte und Handlungen zurückbehalten werden. Der Anspruch kann ferner dinglicher wie obligatorischer Art sein.[77]) Am häufigsten wird wohl der Fall vorkommen, daß der Besitzer einer Sache, der rei-vindicatio des Eigentümers gegenüber sein Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Gleichgiltig ist hierbei die Beschaffenheit der Sache, ob sie ist verbrauchbar, vertretbar, ob sie ist eine Genußsache[78]) oder eine Speziessache, ob sie einen

[75]) Anders Luden, S. 27.

[76]) A. L.-R. I 20, §§ 536, 542, Schweiz. B.G.B. Art. 24. Sächs. B.G.B. §§ 767, 769.

[77]) Vgl. Enneccerus und Lehmann, § 74, dagegen Schollmeyer Com. S. 89.

[78]) Der Ansicht Schollmeyers, Com. § 273, S. 91: „Sollen Sachen herausgegeben werden, so müssen es Speziessachen sein. Denn werden Genußsachen geschuldet, und will der Schuldner von ihnen gerade solche liefern, auf die er Aufwendungen gemacht hat, so ist dies seine Sache". kann ich nicht beitreten. Dadurch, daß der Schuldner Verwendung auf eine Genußsache macht, hat er diese spezialisiert. Aus einer Genußsache ist eine Speziessache geworden. Es kommt nur darauf an, ob diese Spezialisierung im Interesse des Gläubigers geschehen ist. Ist dies der Fall, dann wäre es unbillig, dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen. In vielen Fällen widerspräche es auch Treu und Glauben, den Schuldner, der einmal bona fide Verwendungen gemacht hat, unter neuen Opfern an Geld und Arbeit zur Leistung aus der Gattung anzuhalten, z. B. wenn der Schuldner Aufwendungen gemacht hat auf eine Stückzahl bestimmter Pferde.

Verkaufswert hat[79]) oder nur einen Affektionswert. Nicht nur fremde, sondern auch eigene Sachen „zu deren Vornahme, Verschaffung, Uebergabe der in Anspruch Genommene verpflichtet ist", können retiniert werden; ebenso auch solche, die einer Pfändung nicht unterliegen. Eine analoge Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht wäre m. E. unrichtig, da die ratio legis dieser Bestimmung nicht auf das Zurückbehaltungsrecht ausgedehnt werden kann, das ja nur Sicherheit, nicht Befriedigung bezweckt.[80]) Ausgeschlossen sind nur solche körperliche Sachen, welche durch ihre natürliche Beschaffenheit oder kraft Gesetzes der privaten Disposition entzogen sind, z. B. die res extra commercium und die res sacrae.

Die Frage, ob der Besitz der Sache rechtmäßig und fehlerfrei ausgeübt werden müsse, ob tatsächlicher oder nur mittelbarer Besitz erforderlich ist, war im gemeinen Recht sehr bestritten. Die ältere Doktrin[81]) erkennt die meisten Erfordernisse an, namentlich, daß der Besitz fehlerfrei sein müsse und stellt den Satz auf, daß die Detention, durch welche das Retentionsrecht erhalten werden soll, keine unrechtmäßige sein dürfe, während neuere Lehrer[82]) diesen Satz als Regel verneinen und auch bei fehlerhaftem Besitz im Prinzip ein Retentionsrecht zulassen, es aber anheimstellen, ob im konkreten Falle entsprechend der Billigkeit ein solches zulässig ist oder nicht. Dem ist nicht ohne

---

[79]) Ebenso Cretschmar, Bd. I, § 275, S. 84. Vgl. hierüber auch § 8.

[80]) Vgl. Scherer, § 273, Note 9 und Goldmann-Lilienthal, § 82, S. 316, Anm. 12, dagegen Vogel § 10, S. 24 fg.

[81]) Schenck, Ret.-R. S. 87 ff., Glück, Com. S. 87.

[82]) Langfelde, Großkopff, Zur Lehre vom R.-R. S. 86 ff. Goldschmidt § 94, S. 972.

weiteres beizustimmen. Besitzt nämlich der Retinent gegenüber dem Retentionsgegner[83]) vitiose, so kann letzterer mit der Besitzklage den verloren gegangenen Besitz wiedererlangen.

Ebenso ist es nach dem B. G.-B., nur erweitert das B. G.-B. den Begriff der „vitiosa possessio", indem es unter „fehlerhaftem Besitz" nicht nur den vi, clam oder precario erlangten Besitz versteht, sondern jeden ohne den Willen des Besitzers entzogenen Besitz. Es kommt also nach dem B.G.B. nicht auf die gewaltsame Verdrängung, nicht auf Schuld, auch nicht auf die subjektive Widerrechtlichkeit an. Jeder ohne den Willen des Besitzers entzogene oder gestörte Besitz ist nach § 858 des B. G.-B. widerrechtlich und charakterisiert sich als verbotene Eigenmacht und steht dem Besitzer gegen denjenigen, der ihm gegenüber durch verbotene Eigenmacht den Besitz erlangt hat und deshalb fehlerhaft besitzt, die Besitzklage zu. Hat also der Retentionsberechtigte den Besitz der Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so kann der Retentionsgegner mit der Besitzklage die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen. Der Retinent aber kann sein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen, da gegenüber der Besitzklage ein Einwand aus dem Rechte zu besitzen ausgeschlossen ist. Vertauscht z. B. A. in der Garderobe seinen Zylinder mit dem des B. und läßt A. denselben dann aufbügeln,

[83]) Allerdings hat nicht jeder Besitzer die Besitzklage. Das römische Recht gewährte die Besitzklage nur in beschränktem Maße und zwar dem juristischen Besitzer. Erst das gemeine Recht erweiterte unter dem Einfluß des kanonischen Rechts den Besitzesschutz und gibt die Besitzklage dem bloßen Detentor. Später hielt man die Ansicht fest, daß Detention im eigenen Namen genüge, insbesondere des Mieters, des Pächters, andere Detention aber nicht. Vgl. auch Dernburg, B.G.B. Bd. III, § 24.

so kann B. mit der Besitzklage den Zylinder von A. herausverlangen, ohne daß dem A. ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Verwendungen zusteht. Oder nimmt ein Buchhalter die Geschäftsbücher ohne Willen seines Geschäftsherrn mit, um sich wegen rückständigen Lohnes schadlos zu halten, so steht auch hier dem Prinzipal die Besitzklage zu. Das Bürgerliche Gesetzbuch versagt nur in einem Fall ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht, wenn nämlich der Schuldner die Sache durch eine vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt hat. (§ 273, 2.) Ferner ist irrelevant, ob der Retinent tatsächlicher oder mittelbarer Besitzer ist. Es genügt, daß er soweit die Herrschaft über die Sache habe, daß sie nicht in die Hände des Gläubigers gelangen kann, und sie immerhin noch geeignet ist, ihm Sicherheit zu gewähren. Der Satz, daß man nur retinieren kann, was man auch detiniert, ist somit verlassen.[84])

Aber nicht nur Sachen, auch Rechte können retiniert werden, z. B. Forderungsrechte, auch Gerechtigkeiten, z. B. eine Fährgerechtigkeit. Ferner ergibt die Anspruchsdefinition die Zulässigkeit eines Zurückbehaltungsrechts an Handlungen, sowie an Unterlassungen[85]), ohne daß solche einen Vermögenswert darzustellen brauchen. Es mag schon schwierig sein, sich ein Zurückbehaltungsrecht an einer Handlung vorzustellen. Immerhin ist es möglich, z. B. den Fall, daß der Portier sich weigert, die Tür zu öffnen, bis er seinen Lohn erhält, oder vielleicht den Fall, daß ein Schauspieler sich weigert aufzutreten, bis ihm die rückständige Gage bezahlt wird. Wie wird sich aber erst ein Zurück-

---

[84]) Laband, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 75, S. 191. Schollmeyer, Com. § 273, 5, S. 93. Dagegen Crome, System Bd. I, § 124, S. 547: „Retention setzt Detention voraus".

[85]) Vgl. auch § 241, B.G.B.

behalten an einer Unterlassung gestalten? Wohl nur derart, daß der an sich zur Unterlassung Verpflichtete gerade durch Vornahme verbotenen Handlung einen Zwang auf den Berechtigten ausübt, z. B. der Fall, daß der Eigentümer eines Grundstücks seinen Weg durch den Garten seines Nachbars nimmt, trotzdem er dies zu unterlassen sich verpflichtet hat. Die Zurückbehaltung einer Unterlassung muß aber versagen, wenn diese Verpflichtung nur in einem einmaligen Unterlassen besteht, denn dann würde die Vornahme der Handlung gleichbedeutend sein mit Nichterfüllung, z. B. A. verpflichtet sich, niemals nach der Stadt X. zu reisen. Auch während der Vorarbeit zum Bürgerlichen Gesetzbuche stiegen Zweifel auf, ob ein Zurückbehaltungsrecht an einer Unterlassung möglich sei. In der zweiten Lesung wurde betont, ein solches sei undenkbar. Man sah hierin jedoch lediglich einen Einwand gegen die Fassung des ersten Entwurfs und glaubte ihm dadurch gerecht zu werden, daß man statt von Zurückbehaltung von Verweigerung der Leistung sprach. Doch ist dieses nur formelle Bedenken durch die Kommission nicht beseitigt worden, indem der Ausdruck: „Zurückbehaltung" beibehalten wurde.

§ 7.

3. Connexität beider Ansprüche.

Wir kommen nunmehr zur Besprechung der 3. Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts, insbesondere zur Erörterung der Frage, in welchen Fällen das Bürgerliche Gesetzbuch Connexität der gegenüberstehenden Ansprüche für gegeben hält.[86])

[86]) Ueber den Begriff der Connexität siehe oben § 4.

Nicht in jedem Falle, wenn sich 2 Ansprüche entgegenstehen, kann ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden. An sich kann jeder Teil, abgesehen von der Gleichartigkeit der Leistungen, getrennt Befriedigung seines Anspruchs verlangen. Befürchtet der eine Teil, daß er, falls er leisten werde, wegen seines Gegenanspruchs nicht befriedigt werde, so steht ihm nur der Weg des Arrestes offen. Sind dagegen beide Ansprüche derart mit einander verknüpft, daß Leistung ohne Gegenleistung der Billigkeit widerspräche, dann erleiden diese eine Abänderung. Es kann der Schuldner die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Eine solche besondere Beziehung zwischen beiden Ansprüchen oder Connerität erachtet das Bürgerliche Gesetzbuch in § 273 in 3 Fällen für vorliegend:

a) wenn beide Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen,

b) wenn dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein solcher wegen Verwendungen auf denselben gegenübersteht,

c) wenn dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein solcher wegen eines durch denselben verursachten Schadens gegenübersteht.

d) Ferner gestattet das Gesetzbuch ein Zurückbehaltungsrecht noch in einzelnen Fällen, von denen ihrer besonderen Bedeutung wegen einige in einem vierten Abschnitt hervorgehoben werden sollen.

a) Beide Ansprüche beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis.

Connerität beider Ansprüche ist zunächst gegeben, wenn diese aus demselben rechtlichen Verhältnisse sich her-

leiten. Dernburg[87]) sagt, gemeint ist hiermit, daß es sich durch die Auffassung des Verkehrs und Treu und Glauben um innerlich Zusammengehöriges, ein „einheitliches Lebensverhältnis handelt". Eine allgemeine Regel ist nicht aufzustellen.

Unzweifelhaft kann dieser innere Zusammenhang beruhen auf der Indentität des Rechtszweckes. Eine solche ist immer vorhanden bei gegenseitigen Verträgen, d. h. solchen, die notwendig schon bei ihrem Abschluß beide Parteien verpflichten, so Kauf, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag; daher kann z. B. der Verkäufer die Kaufsache retinieren bis zur Zahlung des Kaufpreises. Fast regelmäßig jedoch kommen hier die Vorschriften des § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung, nämlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[88]) Trotzdem wird auch bei gegenseitigen Verträgen ein Zurückbehaltungsrecht vorkommen. So könnte z. B. der Käufer einer Spezies zur Erzwingung des ihm in § 462 zugesicherten Rechts auf Wandelung oder Minderung der Klage des Verkäufers mit dem Zurückbehaltungsrecht entgegentreten. Ferner ist es möglich, daß der Verkäufer, der, nachdem bereits die Gefahr übergegangen ist, vor der Uebergabe noch Verwendungen auf die Sache macht, wegen Ersatz derselben sein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, z. B. bei Distanzkäufen.[89])

Auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen ferner die beiderseitigen Ansprüche aus unvollkommenen gegenseitigen Verträgen.[90]) Dies sind solche Verträge, die ur-

[87]) B.G.B. § 86, S. 123, Planck § 273 I a. vergl. oben § 4.
[88]) Vergl. oben § 2.
[89]) B.G.B. §§ 446, II, 447, 450.
[90]) Vgl. dagegen Crome, B.G.B. § 124, S. 547, u. Anm. 10.

sprünglich beim Abschluß des Vertrages einseitig waren, dadurch aber, daß der Verpflichtete, sei es zur Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht, oder freiwillig im Interesse eines anderen Aufwendungen macht, einen Gegenanspruch erzeugen. In solcher Lage befinden sich der Beauftragte (§ 670), der Entleiher (§ 601), der Verwahrer (§ 693), sofern nicht die Verwendungen durch eine Vergütung ersetzt sind, unbeschadet jedoch der Zurückbehaltungsbefugnis wegen der Vergütung selbst. Hierher gehören auch die Ansprüche des Ehemanns als Verwalter des Frauengutes (§§ 1390, 1525, 1549) des Vaters (1648), des Vorerben (2124), sowie alle quasi kontraktlichen Rechtsverhältnisse, wie Geschäftsführung ohne Auftrag (683), Ansprüche zwischen Mündel und Vormund resp. Gegenvormund aus der Führung der Vormundschaft (1834), Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters (713). Auch der Erbe wird durch den Erbschaftsantritt quasi ex contractu verpflichtet, die ihm gültig vom Erblasser auferlegten Vermächtnisse den Vermächtnisnehmern auszuzahlen; dem Honorierten gegenüber steht ihm wegen zu ersetzender Verwendung ein Retentionsrecht zu. In allen diesen Fällen gilt das Prinzip, daß der Verpflichtete hier Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen kann, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, unabhängig davon, ob der Zweck erreicht wird oder nicht. Ungünstiger jedoch gestellt sind diejenigen, welche freiwillig im Interesse anderer Aufwendungen machen, wie z. B. der negotiorum gestor, der Erbe nach BGB. §§ 1891 und 1959. Diese können nur insoweit Ersatz ihrer Aufwendungen erlangen, als es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille desselben kommt aber nicht in

Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (§ 679).

Außer den genannten Fällen wird es noch zahlreiche geben, in denen die wechselseitigen, auch auf verschiedenen Verträgen gegründeten, Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Dies festzustellen wird schon schwieriger sein; es entscheidet hier der Richter in concreto nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten.

b) Dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes steht ein solcher wegen Verwendungen auf demselben gegenüber.

Connexität beider Ansprüche ist ferner vorhanden, wenn dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein solcher wegen Verwendungen auf denselben gegenübersteht. Hier ist Connexität immer gegeben; daß jedoch die wechselseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen, ist hier garnicht erforderlich, andernfalls würde dieser Begriff ungebührlich erweitert[91]). Warum das Gesetz in § 273, Abs. II diesen Fall besonders regelt, ist nicht ganz ersichtlich. Wird doch schon dem Richter zugemutet, in weit schwierigeren Fällen über das Vorhandensein von Connexität zu urteilen, wie überflüssig muß da ein besonderer Hinweis auf einen Fall erscheinen, in dem die besondere Beziehung der Ansprüche stets klar ist. Die

[91]) Vgl. dagegen Rosenthal, das B.G.B. § 273 Anm. 35. Standinger, Com. § 273 II. 2: „Connexität wird hier nicht gefordert." Ein offenbares Mißverständnis ist es, wenn Vogel, Diss. Leipzig 1904, S. 15 sagt: „In allen diesen Fällen ist aber nach § 273, Abs. 2 das B.-R. ohne Rücksicht auf die Connexität der Ansprüche gegeben". Gemeint ist, daß von dem Erfordernis desselben rechtl. Verhältnisses abgesehen ist.

Motive sagen hierüber: „Nur der Fall, wenn die Verpflichtung auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtet ist, wird in Uebereinstimmung mit Theorie und Gesetzgebung besonders hervorgehoben ..... weil hier immer Connexität im Sinne des Gesetzes anzunehmen ist."

Die Fälle in denen Ersatz wegen Verwendung verlangt werden kann, sind zahlreiche im Gesetzbuch zerstreute. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht davon aus, daß es die Voraussetzungen, unter denen Jemandem wegen gemachter Aufwendungen ein Gegenanspruch zusteht, im besonderen Teil der Schuldverhältnisse und den übrigen drei Büchern regelt. Hinsichtlich des Umfanges dagegen und der Durchführung derartiger Ansprüche gibt es im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse §§ 256–258 und 273 besondere Vorschriften. Was ferner das Gesetz unter Aufwendung versteht, ist nicht gesagt. Es wird dies Frage des concreten Falles sein. Im Allgemeinen ist Verwendung jede in Ansehung eines Gegenstandes erlittene Vermögenseinbuße, die einem Anderen zu Gute kommt. Gemeinrechtlich unterschied man zwischen notwendigen – necessariae — nützlichen — utiles — luxuriöse — voluptuariae – Aufwendungen. Jedem Besitzer, dem redlichen, wie dem unredlichen waren die notwendigen Auslagen zu ersetzen. Dagegen kann nur der redliche Besitzer wegen nur nützlicher Auslagen Ersatz verlangen und zwar in der Regel nur soweit, als sie den Wert der Sache noch zur Zeit der Herausgabe erhöhen, jedoch nicht über den Betrag der Aufwendungen hinaus. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nur zwischen notwendigen oder objektiv erforderlichen (z. B. § 304), bloß den Wert erhöhenden (z. B. § 996), dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Ersatzpflichtigen entsprechenden (z. B. § 683)

und zwischen subjektiv erforderlichen Verwendungen (z. B. § 670). Welche von diesen Verwendungen zum Ersatz berechtigen, bezeichnet das besondere Rechtsverhältnis. Im Allgemeinen sei bemerkt: Macht Jemand Verwendungen auf eine Sache, so erlangt er, jenachdem die Verwendungen notwendig waren oder nicht, den Ersatzanspruch eines Beauftragten oder eines Geschäftsführers ohne Auftrag. Ferner bestimmen sich gemäß § 292, Abs. 2 die Ansprüche des Schuldners, der einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, auf Ersatz der Verwendungen, vom Eintritt der Rechtshängigkeit ab nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs gelten (§ 987). Er kann also von da ab nur für die notwendigen Verwendungen und auch diese nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen.

Der Herausgabeanspruch selbst erstreckt sich im Sinne des § 273, Abs. II auf einen „Gegenstand“[92]), demnach nicht nur auf eine Sache, sondern auch auf ein Recht. Habe ich z. B. einem Anderen ein Patent zu übertragen, so kann ich die Uebertragung dieses Rechts solange verweigern bis mir meine Auslagen z. B. Verauslagung von Gebühren ersetzt sind. Die Herausgabe ist entweder Zurückgabe oder Hingabe zum Behalten oder zum Eigentum. Die Sache kann auch hier entgegen der Ansicht Engelmanns[93]) eine eigene sein. So kann z. B. der Einkaufs-

[92]) Protokolle Band I, S. 310 ff

[93]) Engelmann § 96, S. 260. Das B.G.B. hat die frühere Einteilung der Rechtsobjekte in „körperliche“ und „unkörperliche“ Sachen verlassen. „Es bezeichnet Rechtsobjekte als „Gegenstände“. Den Ausdruck „Sache“ wendet es nur noch auf körperliche Gegenstände an.

Kommissionär, der zunächst das Eigentum am Kommissionsgute für sich erwirbt, die Vornahme des Uebertragungsaktes an den Committenten verweigern bzw. das Kommissionsgut solange zurückbehalten, bis er wegen der auf dasselbe verwendeten Kosten usw. befriedigt ist.

Ein solcher Anspruch auf Herausgabe kann sowohl ein obligatorischer wie ein dinglicher sein. Der § 273, Abs. II regelt nur das obligatorische Zurückbehaltungsrecht. Der Begriff selbst umfaßt aber nicht nur die Zurückbehaltung aus § 273, sondern auch diejenige dinglichen Ansprüchen gegenüber[94]). Der Herausgabeanspruch ist also im Sinne unseres § ein obligatorischer. Die Verwendung des Zurückbehaltungsrechts in das Obligationsrecht war in den Commissionsberatungen eingehend erwogen worden. Es standen sich 2 Ansichten gegenüber: die erstere wollte das Zurückbehaltungsrecht in den allgemeinen Teil verweisen, da es sich über unser ganzes Rechtsgebiet erstreckt, die andere dagegen wollte es in den allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse bringen, um gerade eine solche Verallgemeinerung zu vermeiden. Die letztere Ansicht drang durch und gründete sich darauf, daß „außerhalb des Gebietes des Obligationsrechtes das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, in denen es stattfinden soll, durch besondere Vorschrift geregelt wird. Die Verweisung in den allgemeinen Teil unterliege dem Bedenken, daß, wenn schon im Obligationsrecht das Zurückbehaltungsrecht für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen die Ausübung desselben dem Inhalte des Schuldverhältnisses zuwider laufe, eine solche Verallgemeinerung nicht ratsam erscheine.[95]) So ist

---

[94]) Vgl. Crome, System, Bd. I, S. 546, Note 6.

[95]) Prot. z. II. Lesung, S. 312. Vgl. dag. Stammler, S. 164 ff.

besonders der § 1000 wegen seiner praktischen Bedeutung im Gesetze hervorgehoben, nach welchem der Besitzer wegen der ihm zu ersetzenden Verwendung dem Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht entgegenstellen kann. Diese Vorschrift ist analog auf den Finder ausgedehnt (§ 972). Sowohl die Fälle eines Zurückbehaltungsrechts obligatorischen Herausgabeansprüchen gegenüber wie auch die Fälle eines solchen dinglichen Herausgabeansprüchen gegenüber sollen hier besprochen werden.

Einige Fälle des obligatorischen Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen sind bereits unter einem anderen Gesichtspunkt berührt worden, weil bei jenen die beiderseitigen Ansprüche auch auf denselben rechtlichen Verhältnissen beruhen, z. B. das des Beauftragten und des Geschäftsführers ohne Auftrag und des Verwahrers. Erwähnt sei auch das Zurückbehaltungsrecht des Entleihers wegen außergewöhnlicher Kosten, deren Höhe sich bestimmt nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag.

Andere hierher gehörige Fälle sind: der Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen und Kosten der Verwahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes im Falle des Verzugs des Gläubigers; hier müssen die Aufwendungen objektiv erforderlich gewesen sein (§ 304). Ferner kommt hier in Betracht der § 450, der ein Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers begründet, wenn er nach dem Uebergange der Gefahr, aber vor Uebergabe notwendige Verwendungen auf die Kaufsache macht. Ebenso kann der Wiederverkäufer, sofern nicht als Wiederverkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, wegen Verwendungen, die er auf den Gegenstand gemacht hat, sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen

(§§ 500, 501). Dem Makler sind Verwendungen nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Ist dies der Fall, so steht auch ihm ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen zu, z. B. wegen Reisen, wegen Annoncen.

Hierher gehört ferner die Berechtigung des Mieters (§ 547) und des Pächters (§ 592), Ersatz wegen Verwendungen auf die Miets- oder Pachtsache zu begehren. Dieses Recht können sie zur Durchführung bringen durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, welches sich jedoch hier nur auf bewegliche Sachen beschränkt, während es für Grundstücke ausgeschlossen ist (§ 556, 2 und 590). Ebenso kann derjenige, der zur Herausgabe einer entzogenen Sache verpflichtet ist, seinen Anspruch auf Ersatz wegen gemachter Verwendungen geltend machen; doch ist dieses Zurückbehaltungsrecht beim Vorliegen einer vorsätzlich unerlaubten Handlung ausgeschlossen. Es stehen dem Verpflichteten dem Verletzten gegenüber diejenigen Rechte zu, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendungen hat.

Wir haben nunmehr von den Fällen zu sprechen, in denen wegen Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht dinglichen Herausgabeansprüchen gegenüber gegeben ist. Hauptfall ist hier das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers. Nach § 994 kann der Besitzer für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen vom Eigentümer Ersatz verlangen. In § 1000 wird ihm ausdrücklich dieserhalb ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange er Ersatz verlangen kann, ist eingehend bestimmt. Nur der redliche Besitzer kann Ersatz für andere als notwendige Verwendungen verlangen, aber solche auch nur insoweit, als sie vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht waren

und der Wert der Sache noch zur Zeit erhöht ist, in der der Eigentümer die Sache wiederverlangt. Vom Eintritt der Rechthängigkeit an kann der Besitzer nur für notwendige Verwendungen Ersatz verlangen und zwar nur nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten aber sind ihm für die Zeit überhaupt nicht zu ersetzen, in der er die Nutzungen zieht. Aufwendungen für außerordentliche Lasten, die bestimmungsgemäß nicht aus den Erträgen, sondern aus dem Stammwert der Sache zu decken sind, berechtigen ebenfalls zum Ersatz.[96]) Dieselbe Stellung wie der Besitzer nimmt hier der Finder ein (§ 972).

Weiter noch geht das Recht des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers (§ 2022). Dieser kann grundsätzlich Ersatz aller Verwendungen verlangen, auch wenn sie nicht notwendig waren und wenn auch der Wert der Erbschaft zur Zeit nicht erhöht ist.[97])

Ferner kann im Falle der Accession und Specification derjenige, der einen Rechtsverlust erleidet, diesen im Wege des Zurückbehaltungsrechts geltend machen. Hierher gehören weiter die Befugnis des Nießbrauchers, Wohnungsberechtigten und des Pfandgläubigers, Ersatz gemachter Auslagen nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zu beanspruchen. Besonders zu bemerken ist noch, daß der Besitzer für Impensen seines Vorbesitzers, sofern er dessen Rechtsnachfolger geworden ist, in demselben Umfange Ersatz verlangen kann, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte (§ 999).

[96]) §§ 995 und 1047
[97]) Vgl. §§ 2029, 2185

c) Dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes steht ein solcher wegen eines durch denselben verursachten Schadens gegenüber.

Dem Anspruch wegen Verwendungen auf eine Sache ist in § 273, Abs. 2 ein solcher wegen Beschädigung durch einen fremden Gegenstand gleichgestellt. Gestattet ist sonach ein Zurückbehaltungsrecht an einem Gegenstande infolge eines fälligen Anspruchs wegen eines durch denselben angerichteten Schadens. Auch hier sind die beiderseitigen Ansprüche immer connex, ohne daß sie auch auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen müßten. Den geschädigten Besitzer schützt das Gesetz also solange in dem Besitz des Gegenstandes, bis der Schade vollkommen ersetzt ist. Gegenstand der Rückbehaltung kann sowohl eine Sache wie ein Recht sein.

Unter Schaden ist jede Entziehung oder Beeinträchtigung des Genusses eines Lebensgutes zu verstehen. Er kann sein ein mittelbarer oder unmittelbarer. Ob und in wieweit ein Verschulden seitens des Gegners eine Ersatzpflicht begründet, entscheidet die Besonderheit der Sachlage. Art und Umfang der Schadenersatzpflicht regeln die §§ 249 ff. Als Prinzip gilt das der Redintegration. Der Verpflichtete hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Nur im Falle der Schadensersatzpflicht wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache hat der Verpflichtete ein Wahlrecht zwischen Naturalrestitution und Geldentschädigung in Höhe der Herstellungskosten. Zu ersetzen ist ferner nicht nur das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessana, der entgangene Gewinn. Ist z. B. ein krankes Pferd in Verwahrung gegeben worden und wurden die Pferde des

Verwahrers angesteckt, so erstreckt sich die Schadensersatzpflicht des Hinterlegers sowohl auf die durch die Verpflegung der fremden wie der eigenen Pferde entstandenen ärztlichen Verpflegungskosten, als auch auf den Gewinn, der dadurch verloren ging, daß die Pferde für diese Zeit nicht vermietet werden konnten. Trifft weiter den Beschädigten selbst ein Verschulden, so ist aus den Umständen, namentlich in wieweit der eine oder der andere den Schaden verursacht hat, der Umpfang des Ersatzes zu entnehmen.[98])

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen Beschädigung ist im Gesetze nur in wenigen Fällen gegeben. In der Mehrzahl wird die Anwendbarkeit des § 273, 2 im concreten Falle zu prüfen sein. Erwähnt sei an dieser Stelle der § 836, nach welchem der Besitzer eines Grundstücks, der durch den Einsturz eines Gebäudes, Werkes oder Teile derselben irgend einen Schaden erlitten hat, von dem Besitzer des Grundstücks Ersatz des Schadens verlangen kann. Bis dieser vollständig wieder gut gemacht ist, kann der Verletzte die in seinen Besitz gelangten Materialien retinieren, es sei denn, daß der Besitzer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Ferner muß nach § 833 der Tierhalter jeden durch das Tier verursachten Schaden ersetzen. Diesen Schadensersatzanspruch kann der Verletzte durch das Zurückbehaltungsrecht realisieren, vorausgesetzt, daß er das Tier im Besitze hat, z. B. der Sonntagsreiter, der von dem Pferde gebissen wird, gegenüber dem Inhaber des Reitinstituts. Fraglich erscheint es aber, ob der Verletzte das Tier in Besitz nehmen darf, um sein Zurückbehaltungsrecht ausüben

---

[98]) sog. Schuldkompensation. Unser Strafrecht kennt eine solche nicht.

zu können. M. E. darf er dies nur, wenn die Voraussetzungen des § 229 BGB. vorliegen, wenn nämlich obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und ohne sofortiges Einschreiten Gefahr besteht, daß die Verwirklichung seines Schadensersatzanspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Mit der Besitzklage wird der Tierhalter nicht durchdringen, da der durch das besondere Recht der Selbsthülfe erlangte Besitz als ein fehlerhafter nicht anzusehen ist. Der Tierhalter haftet ohne Rücksicht auf Verschulden, jedoch wäre derjenige, der nur ein zugelaufenes Tier in vorläufige Obhut genommen hat, nur nach § 823 haftpflichtig. Wer dagegen vertragsmäßig die Führung eines Tieres übernimmt, kann sich von etwaiger Schadensersatzpflicht befreien durch den Nachweis, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder daß der Schade auch bei Anwendung einer solchen eingetreten wäre. Halten mehrere Tiere gemeinschaftlich, so haften sie als Gesamtschuldner. Nicht zu verwechseln ist dieser Fall des Retentionsrechts mit der Privatpfändung des deutschen Rechts, von welchem Rechtsinstitute in den Partikularrechten noch Reste übrig geblieben sind. Diese Pfändung erfordert den Besitz der Sache notwendig, das Retentionsrecht nicht. Ferner hat der Pfändende die Pflicht zur Anzeige an die Obrigkeit bezw. er muß das Pfandobjekt abliefern, während die retinierte Sache im Besitze des Berechtigten bleibt.[99]) Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt noch einen Fall ausdrücklich, in dem wegen eines Schadensersatzanspruches ein Zurückbehaltungsrecht Platz greift. Nach § 694 hat der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der Sache zu-

[99]) Vgl. Glück, Com. Bd. 15, S. 129, Schenck, Ret.-R. S. 233.

gefügten Schaden dem Verwahrer zu ersetzen, vorausgesetzt, daß er bei Hinterlegung die gefahrdrohende Beschaffenheit kannte oder kennen mußte, auch sie dem Verwahrer nicht angezeigt hat und dieser sie ohne Anzeige nicht kannte. Erwähnt sei, daß der Sequester hier dem Verwahrer gleichgestellt sein dürfte.

d) Besondere Fälle der Connexität.

Außer den in § 273 angeführten Fällen sind noch verschiedene ein Zurückbehaltungsrecht rechtfertigende Fälle im Gesetzbuche vorgesehen.

Besonders zu beachten sind diejenigen Bestimmungen, nach denen einem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein solcher auf Sicherheitsleistung gegenübersteht. In all diesen Fällen kann der Berechtigte seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung erzwingen durch Vorenthaltung der gegnerischen Sache. So kann der Besitzer die Vorlegung von Sachen verweigern, bis der andere Teil die Kosten vorschießt oder wegen der Gefahr Sicherheit leistet (§ 811). Aehnlich kann nach § 867 der Besitzer eines Grundstücks, auf das eine fremde Sache gelangt ist, die Wegschaffung derselben solange verweigen, bis ihm für den durch die Wegnahme drohenden Schaden Sicherheit geleistet wird. Nur wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, versagt hier das Zurückbehaltungsrecht. Unter Umständen kann auch der Eigentümer, der nach § 1051 berechtigt ist, von dem Nießbraucher die Sicherheit zu verlangen, diesen seinen Anspruch durch das Zurückbehaltungsrecht geltend machen, indem er dem Nießbraucher mit der Retentionseinrede dann gegenübertritt, wenn derselbe Ueberlassung der Nießbrauchobjekte verlangt.

Hierzu gehören auch die §§ 2128, 2217 BGB.

Ein besonderes Zurückbehaltungsrecht enthält ferner § 321. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt hier trotz bestehender Vorleistungspflicht dem Verpflichteten ein Zurückbehaltungsrecht bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit geleistet ist, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Vorschrift ist nicht zu unterschätzen.

Erwähnenswert ist auch die Vorschrift des § 255, wonach dem Schuldner, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadenersatz zu leisten hat, das Recht hat, die Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten zu verlangen, die diesem auf Grund seines Eigentums oder eines Rechts gegen Dritte zustehen. Bis zur Abtretung dieser Ansprüche sichert sich der Schuldner im Wege des Zurückbehaltungsrechts. Diese Vorschrift entspricht vollkommen dem Billigkeitsgefühl, denn in Ermangelung desselben würde der Beschützte neben vollem Schadenersatz, der ihm zu Teil werden müßte, sich noch durch die Geltendmachung seiner Ansprüche bereichern können. Selbstverständlich wird der Beschädigte nur in soweit abzutreten verpflichtet sein, als er auch Ersatz erlangt hat. M. E. gehören hierher auch die Fälle, in denen dem Gläubiger eine Vorschußpflicht obliegt, z. B. §§ 403, 798 – 800, 1035. Daß hier die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts vollständig gerechtfertigt sind, ist zweifelohne. Z. B. steht im § 403 dem Anspruch des neuen Gläubigers auf Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde ein Anspruch des Schuldners auf Leistung eines Vorschusses für die Kosten gegenüber. Ohne weiteres ist

auch der innere Zusammenhang dieser Ansprüche ersichtlich.[100])

Bemerkt sei noch das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners bis zur Erteilung der Quittung (§ 368)[101]) und das des debitor cessus bis zur Vorlegung der Cessionsurkunde.

Ein eigentümliches Zurückbehaltungsrecht steht schließlich den Mitgliedern eines Vereins an den geschuldeten Vereinsbeiträgen zu. In der Kommissionsberatung zum Bürgerlichen Gesetzbuch lag ein Antrag vor, für die Vorschrift zu stimmen: „wonach wegen geschuldeter Vereinsbeiträge den Mitgliedern kein Zurückbehaltungsrecht zustehen sollte." In der Begründung stützt man sich darauf, es läge in der Zweckbestimmung der Beitragspflicht ein für die Gläubiger der Corporation haftendes Vermögen zu schaffen, und widerspräche der bona fides, wenn diese Creditbasis zu Gunsten von Gläubigern, die zugleich Mitglieder wären, geschmälert würde und wenn letztere sich sogar vorzugsweise befriedigen dürften. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, da es keineswegs anzuerkennen sei, daß die Beitragspflicht die Zweckbestimmung der Bildung eines Garantiefonds für die Gläubiger in sich trüge, und da es namentlich bei kleinen, idealen Vereinen unbillig wäre, wenn im Falle des Konkurses ein Mitglied, dem eine Forderung zusteht, seine rückständigen Beiträge einzahle, mit seiner Forderung aber auf anteilweise Befriedigung angewiesen sein soll.[102])

[100]) Vgl. Hellmann, Vorträge über d. Z.-R. § 33, S. 204, der aus dem Begriff des Vorschusses hier die Anwendbarkeit eines Z.-R. folgert.

[101]) Vgl. hierzu besonders Hellwig, Anspruch und Klagrecht, § 30, S. 355. [102]) Vgl. Mugdan, Ges. Material. Bd. I, S. 625.

§ 8.

Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts.

Das Zurückbehaltungsrecht unterliegt verschiedenen Beschränkungen. Selbst wenn alle oben angeführten Voraussetzungen eines solchen vorliegen, muß unter besonderen Umständen ein solches versagen. Dies wird im allgemeinen dann der Fall sein, wenn seine Zulässigkeit dem Gebote der Billigkeit oder dem rechtsgeschäftlichen Parteiwillen oder dem Zweck der beiderseitigen Verpflichtungen widerspräche.

In erster Linie wird daher im Einzelfalle zu prüfen sein, ob der Gläubiger gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er unter Nichtachtung des gegnerischen Anspruchs die geschuldete Leistung verlangt oder ob der Schuldner seinerseits sich dieses Verstoßes schuldig macht, wenn er seine Leistung verweigert[103]). Immer dann wird dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren sein, wenn das Begehren des Gläubigers unbillig ist, andererseits wird ein solches aber dem Schuldner zu versagen sein, wenn er durch Ausübung desselben gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Insbesondere wird auch in Betracht zu ziehen sein, ob eine Verweigerung der Leistung wegen eines verhältnismäßig geringfügigen Gegenanspruches nicht dem Gefühle der Billigkeit widerspräche. Dies wird oft dann in Frage kommen, wenn der Schuldner seine Leistung wegen nur teilweiser oder mangelhafter Erfüllung zurückhält[104]).

---

[103]) Vgl. Kaufmann, Komm. Bd. 2 Note II, 5 zu § 273.

[104]) Ueber die teilweise Leistung vgl. Cosack, Bd. I S. 320 ff; dagegen ist Neumann. § 320 Ziff. 5, der Ansicht, daß „teilweise" Leistung bedeutet, sowohl daß sie quantitativ unvollständig, als auch daß sie qualitativ mangelhaft gewesen ist.

Dieser Fall ist in § 320 Abs. 2 für gegenseitige Verträge besonders vorgesehen, läßt sich aber auch mit Rücksicht auf § 226 ganz allgemein vertreten[105]).

Sodann muß immer erwogen werden, ob auch dem Inhalte der wechselseitigen Ansprüche nach oder mit Rücksicht auf den sonstigen Parteiwillen ein Zurückbehaltungsrecht statthaft ist oder nicht. Ein solches muß dann versagen, wenn die Verweigerung der Leistung einer Nichterfüllung gleich käme, wenn nämlich eine nachfolgende Leistung unmöglich oder doch unzweckmäßig wäre. Ist doch der Schuldner lediglich nur berechtigt, die Leistung einstweilen zurückzubehalten, nicht aber im Widerspruch mit seiner Pflicht die Leistung unmöglich zu machen. Würde z. B. ein Klavierspieler, der für einen bestimmten Konzertabend gemietet ist, seine Leistung bis zur Zahlung des Honorars verweigern wollen, so wäre ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht angängig, denn hier wäre seine Verweigerung einer Nichterfüllung gleich. Ebenso wäre ein Zurückbehaltungsrecht an einer einmaligen Ommissivhandlung ausgeschlossen[106]). In vielen ist ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande der Leistung zu verfahren. Dies wird namentlich bei der Verwahrung sowie beim Leihvertrag der Fall sein. Unzweifelhaft ist es ferner, daß dem Schuldner auch dann ein Zurückbehaltungsrecht nicht zustehen kann, wenn er zur Vorleistung verpflichtet ist.

Wie ein Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag begründet werden kann, so kann es auch durch Vertrag, sei

[105]) Schollmeyer, Komm. § 273, 1 b.

[106]) Vgl. Schollmeyer, Komm. § 272, 1 b. — Endemann, BGB § 126 Anm. 13.

es ausdrücklich oder stillschweigend, ausgeschlossen werden[107]). Ein Zweifel hierüber kann kaum entstehen.

Ferner darf die Verweigerung der geschuldeten Leistung nicht dem wirtschaftlichen Zweck der beiderseitigen Verpflichtungen widersprechen. Als Beispiele hierfür werden meist gegeben die retentionsweise Unterlassung der Fütterung eines Pferdes und die Verweigerung der Rechnungslegung beim Auftrag. Warum hier ein Zurückbehaltungsrecht unzulässig ist, ist ohne weiteres klar[108]).

Auch das Gesetzbuch hat eine allgemeine Beschränkung für das Zurückbehaltungsrecht gegeben, indem es in § 273 Abs. 1 trotz Vorhandenseins aller Voraussetzungen ein Zurückbehaltungsrecht jedesmal nur dann gewährt, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt". Der erste Entwurf enthielt eine solche Bestimmung nicht, man begnügte sich vielmehr mit einer Verweisung auf § 364, wonach die Einrede des nicht erfüllten Vertrages für den Fall der Vorleistungspflicht ausgeschlossen war. Bei der zweiten Lesung erachtete man es im Interesse der Deutlichkeit für angebracht, die Verweisung durch den eingeschobenen Satz „soweit sich aus dem Schuldverhältnisse nichts anderes ergibt" zu ersetzen[109]). Die Behauptung Vogels[110]), daß diese allgemeine Regel auf den Absatz 2 keine Anwendung findet, ist irrig. Eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes des Absatz 2 nur für den Fall, daß der Gegenstand durch eine vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt sei, widerspräche durchaus der Billigkeitstendenz unseres Institutes. Es wird sogar zahlreiche Fälle geben, in denen, wenn auch der Gegenstand nicht durch

[107]) Ebenso Crome, Bd. I S. 548 oben.
[108]) Vgl. dagegen Seuffert, Allg. Grundsätze S. 16.
[109]) Protokolle Bd. I S. 312.
[110]) Vogel, Diss., § 9 S. 20.

eine vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt ist, ein Zurückbehaltungsrecht nicht Platz greifen kann. Es muß daher im Gegenteil angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit dieser allgemeinen Bestimmung auch für den Absatz 2 eine Handhabe geben wollte, ein Zurückbehaltungsrecht unter besonderen Umständen auch dann auszuschließen, wenn auch keine vorsätzlich unerlaubte Handlung vorliegt.

Wir kommen nun zu der eben erwähnten Beschränkung des Abs. 2 des § 273, wonach für den Fall, daß dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein solcher wegen Verwendungen oder wegen eines durch denselben zugefügten Schadens gegenüber steht, ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner den Gegenstand durch eine vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt hat. Dies ist zwar selbstverständlich. Es ist im Gesetze jedoch betont, weil dann der Richter jeder Mühe überhoben ist, die Anwendbarkeit eines Zurückbehaltungsrechts zu prüfen. Was eine unerlaubte Handlung ist, sagt § 823 ff. In unserm Falle soll jedoch nur die vorsätzlich, d. h. mit bewußtem Wollen der Rechtswidrigkeit begangene unerlaubte Handlung den Verlust eines Zurückbehaltungsrechts nach sich ziehen, denn „die Versagung des Zurückbehaltungsrechts auch in den Fällen, wo der unerlaubten Handlung nur Fahrlässigkeit zu Grunde liegt, erscheint als Art Strafe und wäre zu hart und unbillig[111]". Die unerlaubte Handlung muß ferner von dem Herausgabepflichtigen selbst begangen sein. „Denn hätte er den Gegenstand durch unerlaubte Handlung Dritter erlangt, ohne daß zugleich, wie bei der Hehlerei, in der Annahme der Sache eine unerlaubte Handlung seinerseits läge, so wäre es eine Unbilligkeit,

[111]) Motive Bd. II S. 44. — Vgl. auch Kaufmann, S. 80 III, 1. Weiter ging dagegen das Preuß. ALR I, 20 § 538, welches das Zurückbehaltungsrecht schon dem unredlichen Besitzer versagte.

ihm das Retentionsrecht zu versagen[112]). Daß dagegen die unerlaubte Handlung gegen den Herausgabeberechtigten begangen sein muß, ist selbstverständlich nicht erforderlich. Die in § 1000 getroffene Anordnung wonach dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich unerlaubte Handlung erlangt hat, enthält nur eine besondere Hervorhebung eines schon aus § 273 Abs. 2 sich ergebenden Satzes. In allen diesen Fällen muß der Schuldner seinen Gegenanspruch selbständig verfolgen. Hierher gehört auch die Frage, ob ein Zurückbehaltungsrecht an einer Leistung ohne Vermögenswert statthaft ist oder nicht. Daß auch eine Leistung ohne Vermögenswert den Inhalt von Schuldverhältnissen bilden kann, ist für das BGB. anzunehmen; die Zulässigkeitsgrenze liegt im Gesetze oder in den guten Sitten, gegen die das Rechtsgeschäft nicht verstoßen darf[113]). Anders war es im römischen Rechte, weil das römische Recht nur eine Geldsumme als Gegenstand der Verurteilung kannte. Dieser Grund ist heute weggefallen, denn unsere Verurteilung und Zwangs-

[112]) Schollmeyer, Komm. § 273 S. 91.

[113]) Ebenso Motive Bd. II S. 5, Kohler, Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 12 S. 1 ff. — Stammler, Recht d. Schuldverhältnisse, S. 2. Cosack, Bd. I § 80 Note 3. Schollmeyer, Komm. S. 3: „Endlich muß aus § 343 gefolgert werden, daß das Gesetz die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf Leistungen von Vermögenswert abgestreift hat." Nach § 343 ist bei Beurteilung der Angemessenheit der Vertragsstrafe nicht nur das Vermögensinteresse des Gläubigers, sondern jedes „berechtigte Interesse" zu berücksichtigen. Hat der Gläubiger an der Erfüllung kein anderes als ein nur berechtigtes Interesse, so ist gleichwohl das Vertragsstrafversprechen gültig. Da aber nach § 339 und 344 das Vertragsstrafversprechen nur accessorischer Natur ist, so folgert Schollmeyer, daß auch das Hauptversprechen, welches keinen Vermögenswert darstellt, gültig sein muß. Dagegen Laband, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 73 S. 170 ff. Oertmann, Anm. 1b zu § 241.

vollstreckung geht direkt auf ein Tun und Unterlassen. Für das BGB. kann allein maßgebend sein, daß einmal der Schuldner den Willen hat, eine rechtliche Verpflichtung einzugehen und andererseits der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Erfüllung hat. Unter diesem Gesichtspunkte kann z. B. das Versprechen jemanden zu bestimmten Zeiten zu wecken[114]) eine rechtlich bindende Verpflichtung enthalten und auf Erfüllung derselben geklagt werden. Nur insoweit eine Zwangsvollstreckung undenkbar ist, kann es zweifelhaft sein, ob trotz des vorhandenen rechtlichen Interesses eine klagbare Verpflichtung entstehen kann. Dies ist der Fall bei einmaligen nicht wiederholbaren Leistungen ohne Vermögenswert, z. B. A verspricht den B eine Momentaufnahme der Begegnung seiner beiden Freunde zu machen. Erfüllt hier A sein Versprechen nicht, so wird die Erfüllung überhaupt unmöglich. Kann B nun in diesem Falle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen? In Geld gemäß § 253 nicht, Naturalrestitution ist ebenfalls unmöglich. Ich meine daher, daß in diesen letzten Fällen keine klagbare Verpflichtung entstehen kann. Die Beantwortung der oben gestellten Frage wird eng verknüpft sein mit derjenigen über den Zweck des Zurückbehaltungsrechts. Soll dieser Zweck der sein, dem Schuldner lediglich Sicherheit zu leisten, so wäre ein Retentionsrecht an einer Leistung ohne Vermögenswert ausgeschlossen, denn die geschuldete Leistung würde niemals dem Schuldner Befriedigung gewähren können. Wäre aber der Zweck des Retentionsrechts neben der Sicherheit indirekten Zwang herbeizuführen, so müßte ein solches auch an Leistungen ohne Vermögenswert zugelassen werden. Dem letzteren Resultate dürfte wohl der Vorzug gegeben werden, zumal

[114]) Ueber einmalige nicht wiederholbare Leistungen ohne Vermögenswert ist weiter unten die Rede.

ein Zurückbehaltungsrecht an Sachen ohne Vermögenswert unzweifelhaft erscheint. Warum sollte ich nicht einen Brief, den, wie ich weiß, der Gegner benötigt, zurückbehalten können, und dadurch nebst Zwang auch Sicherung meiner Gegenforderung erreichen.

Die Frage ferner, ob ein verjährter Anspruch ein Retentionsrecht rechtfertigen kann oder nicht, wird verschieden interpretiert. Schollmeyer[115], bejaht diese Frage, indem er aus dem Momente des Fehlens einer entgegengesetzten Vorschrift in § 273, während in § 390 Aufrechnung einer verjährten Forderung untersagt ist, den Schluß für die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts wegen eines verjährten Gegenanspruchs zieht. M. E. erscheint die Zurückbehaltung einer Leistung wegen einer verjährten Forderung als eine unberechtigte Begünstigung des Schuldners, welche mit der Tendenz der Billigkeit, von der das Zurückbehaltungsrecht durchdrungen ist, nicht in Einklang gebracht werden kann[116]).

Erwähnt sei, daß auch gegenüber der Besitzklage, welche petitorische Einreden nicht zuläßt, ein Zurückbehaltungsrecht nicht gestattet ist. Dies ergiebt sich aus dem Ausschluß petitorischer Einreden im Besitzprozesse[117].

Kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung ist schließlich das Zurückbehaltungsrecht für gewisse Fälle ausgeschlossen, weil hier meistens dessen Gewährung gegen die Billigkeitsrücksicht verstoßen würde. Es darf also hier, trotzdem in concreto ein Zurückbehaltungsrecht billig wäre, ein solches

---

[115]) § 273, 2a. Vgl. auch Scherer, § 273, Note 5, Kaufmann, S. 81, 2. Staudinger Note 4 zu § 273.

[116]) Vgl. Dernburg, I § 27, 7. — Simon, Jur. Monatsschrift, S. 65. — Endemann, § 126, Anm. 17, Belkin, Diss. S. 4.

[117]) BGB. § 863, vgl. Motive Bd. II, S. 44 Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, Note 11 zu § 273.

nicht Platz greifen. So steht ein solches dem Bevollmächtigten nach dem Erlöschen der Vollmacht an der Vollmachtsurkunde nicht zu. Die ratio legis hierbei war die Gefahr des Mißbrauchs der Urkunde. Ebenso hat der Mieter oder Pächter eines Grundstücks, eines Wohn- oder anderen Raumes wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter an der Mietssache kein Zurückbehaltungsrecht. Maßgebend war hier die Erwägung, daß in der Mehrzahl der Fälle die Mietssache zum Betrage der Gegenforderung außer Verhältnis steht. Ferner ist durch das Gesetz vom 22. Juni 1889 § 108 Abs. 2. u. 3 die Zurückbehaltung der Quittungskarte der Alters- und Invaliditätsversicherung untersagt.

Dagegen gilt im Gegensatz zum gemeinen Recht der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts der Klage des Hinterlegers gegenüber nicht mehr.[118])

Ueber das dem Erben im Nachlaßkonkurse versagte Zurückbehaltungsrecht soll unten § 9. I der Abhandlung die Rede sein.

§ 9.

V. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts.

Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts sind im BGB. im wesentlichen dieselben wie im gemeinen Rechte. Zu unterscheiden sind solche materiellrechtlicher wie solche prozeßrechtlicher Natur. Erstere ergeben sich aus § 273 nebst mehreren weiteren Bestimmungen des BGB., letztere aus § 274 des BGB. in Verbindung mit einigen Vorschriften der CPO.

1. Außerhalb des Prozesses.

Was nun zunächst die materiellrechtliche Wirkung anlangt, so giebt das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner

[118]) Motive, Bd. II, S. 529.

einen außergerichtlichen Schutz, indem er durch eigenmächtige Zurückbehaltung seinen konnexen Gegenanspruch erzwingen kann. Das Gesetzbuch gebraucht das Wort „zurückbehalten" in bildlicher Uebertragung; an sich läßt dieser Ausdruck auf eine weitgehende Berechtigung des Schuldners schließen. Der § 273 jedoch erklärt, was unter „zurückbehalten" zu verstehen ist und sagt, derjenige hält zurück, der eine Leistung, zu der er verpflichtet ist, insbesondere die Herausgabe einer Sache, die er an sich herauszugeben hätte, einstweilen verweigert. Will der Schuldner von diesem Rechte Gebrauch machen, so muß er natürlich prüfen, ob er im konkreten Falle auch dazu befugt ist. Unter Umständen handelt er sonst widerrechtlich. Seine Verantwortlichkeit hängt freilich nicht von der objektiven Rechtswidrigkeit ab, sondern von seinem Verschulden[119]).

Eine bestimmte Form wie der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Prozesses geltend machen muß, schreibt das Gesetz nicht vor. Er muß natürlich in irgend einer Weise dem Gläubiger dartun, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen will und die Leistung verweigere. Eine ausdrückliche Erklärung, man wolle aus dem angegebenen Grunde nicht leisten, ist nicht erforderlich. Die Verweigerung kann allerdings mittelst einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärung geschehen, es genügt jedoch, daß der Gläubiger aus den besonderen Umständen, z. B. daraus, daß der Schuldner den herauszugebenden Gegenstand, der sich bei einem Dritten befindet, an sich nimmt, ersehen muß, daß letzterer sein Recht zur Durchführung bringen will. Die fälschliche Annahme des Gläubigers, der Schuldner wolle zurückbehalten, hat selbst-

---

[119]) Ebenso Crome, System Bd. I § 124 Note 3 vgl. hierzu für das gemeine Recht Schenck S. 281 ff

verständlich hinsichtlich des dem Schuldner zustehenden Rechtes keine Bedeutung; es hängt lediglich von dem freien Willen des Schuldners ab, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht.

Das Zurückbehaltungsrecht bewirkt demnach nicht vollständige Beseitigung wie die Kompensation, sondern nur zeitweilige Abweisung des gegnerischen Anspruchs. Der Schuldner kann das Recht solange ausüben, als es in seiner Macht steht, eine Einwirkung des Gläubigers auf den Retentionsgegenstand auszuschließen. Sind einmal dagegen die Gegenstände in die Gewalt des Gläubigers gelangt, so kann die ihm zuständig gewesene Retentionsbefugnis an sich, abgesehen von den kontraktlichen Retentionsrechten, keine Klage auf Wiedererlangung des Gegenstandes begründen. Abzusehen ist von den Fällen, in denen der Schuldner kraft eines anderen Rechtes z. B. des Eigentums berechtigt ist, die Sache zurückzuverlangen[120]. Ob der Schuldner, der ohne Kenntnis des Zurückbehaltungsrechts sonstwie leistet, das Geleistete zurückfordern kann, bestimmt sich nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 f.)[121]).

Die weitere Frage, welche Rechte dem Retinenten in Bezug auf eine retinierte Sache zustehen, wird wesentlich beeinflußt durch die Beantwortung der Frage, ob dieses Recht ein dingliches oder obligatorisches Recht ist, so folgt, daß der Schuldner kein Recht hat, über das Retentionsobjekt zu verfügen, ja die Retentionsbefugnis hängt, wie wir oben gesehen haben, nicht einmal von dem Besitze des Retentionsgegenstandes ab, namentlich darf der

[120]) Motive, Bd II S. 43, Endemann, Einführung, § 126. Über das dem Retinenten als Besitzer als solchem zustehende Recht siehe unten § 10.

[121]) Anders Belkin, Diss. § 5 S. 27 und die dort Citierten.

Schuldner nicht wie der Pfandgläubiger sich Befriedigung aus demselben verschaffen. Dernburg[122]) hält eine solche für möglich, nämlich im Falle beharrlicher Nichterfüllung seitens des Gegners. Hier wäre auf Antrag vom Gericht eine angemessene Frist zu stecken unter dem Präjudiz, daß er nach Ablauf derselben sich den Verkauf und Aufrechnung aus dem Erlöse gefallen lassen müßte. Dies wäre sowohl nach gemeinem wie nach heutigem Rechte unzulässig. Der Schuldner kann vielmehr nur, vorausgesetzt, daß sein Anspruch klagbar ist, auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung suchen[123]). Erwähnt sei hier § 772, II, BGB., wonach der Gläubiger, dem ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zusteht, aus dieser Sache seine Befriedigung suchen muß. Hinsichtlich der zurückbehaltenen Sache bedarf es natürlich eines vollstreckbaren Titels[124]). Nur ausnahmsweise kann ein Zurückbehaltungsrecht zur Befriedigung führen. Nach § 1003 kann der Besitzer den Eigentümer zur Erklärung auffordern unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages, ob er die Verwendungen genehmige. Nach Ablauf der Frist kann der Besitzer Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über Pfandverkauf (§§ 1228 ff.) bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung suchen, wenn der Eigentümer nicht rechtzeitig seine Genehmigung erteilt[125]). M. E. stellt sich dieses Recht weniger als ein Zurückbehaltungsrecht dar, indem diese Sonderbestimmungen lediglich zur Abschwächung der in § 1001 angeordneten Vorschriften gegeben sind, wonach

---

[122]) Dernburg, Kompensationen S. 372

[123]) Schollmeyer, Komm. § 273,5. — Endemann § 126,3.

[124]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 8 zu § 772.

[125]) Vgl. Endemann, § 127 S. 719.

der Besitzer einen Anspruch auf Verwendung nur geltend machen kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat, oder die Verwendungen genehmigt. Die Vorteile des Besitzers wären ohne § 1003 illusorisch, wenn der Eigentümer nicht Klage erhebt und die Genehmigung verweigert[126]).

Nur das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gewährt regelmäßig Befriedigung aus der retinierten Sache (vergl. oben § 2 a. E.).

Daß der Zurückbehaltungsberechtigte für eine gewisse Sorgfalt wie der Pfandgläubiger haften muß, ist im Gesetze nicht gesagt. Im allgemeinen kann man annehmen, daß derselbe gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 für Vorsatz und Fahrlässigkeit einstehen muß. Maßgebend wird im Einzelfalle das unterliegende Rechtsverhältnis sein, kraft dessen der Schuldner an sich zur Leistung verpflichtet wäre.

Die Frage, ob der Zurückbehaltende die Pflicht habe, Früchte und Nutzungen zu ziehen, muß im Prinzipe verneint werden. Beim vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrecht ist jedoch die Parteiabrede bestimmend. Es wird dies aber stets im Interesse des Schuldners liegen, da dadurch seine Sicherheit erhöht wird. Daß nämlich das Zurückbehaltungsrecht sich auch auf die Früchte erstreckt, kann nicht bezweifelt werden. Auch könnte man daraus, daß er nach Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes den Gegenstand in ordnungsmäßigem Zustande herausgeben muß, schließen, daß eine solche Pflicht ihn treffe. Keinesfalls darf selbstverständlich der Retinent Befriedigung aus den Früchten suchen[127]).

Eine besondere Wirkung des Zurückbehaltungsrechts ist ferner jene, daß, solange dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, er nicht in Leistungsverzug kommt

[126]) Endemann, § 127 Note 23.

[127]) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. I § 138 S. 328.

(§ 285). Er gerät daher weder durch Mahnung noch Klageerhebung des Gläubigers in Verzug und es tritt keine Aenderung in der Gefahrtragung ein.[128]) Der Gläubiger dagegen kann, da er zugleich Schuldner des „Schuldners" ist, den Zurückbehaltenden nach § 298 BGB. in Gläubigerverzug setzen, während umgekehrt natürlich der Gläubiger selbst nach derselben Vorschrift in Verzug der Annahme gelangen kann. Jeder von beiden, der dieses will, muß sich zur Leistung Zug um Zug erbieten und es treten dann die Wirkungen des § 300 ff ein.[129]) Trotz des Annahmeverzugs des Schuldners geht nach BGB. sein Zurückbehaltungsrecht nicht unter,[130]) denn durch denselben ist an den Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts nichts geändert; der Gläubiger kann also auch hier immer nur eine Verurteilung Zug um Zug erzielen. In Hinsicht auf die ihm obliegende Leistung wird man ihm aber die Rechtshelfe der Preisgabe, Hinterlegung und Selbsthülfeverkauf zugestehen müssen.

Daß der Gläubiger seine Forderung, welcher ein Zurückbehaltungsrecht entgegensteht, nicht aufrechnen kann, ergibt sich aus § 390. Es braucht auch nicht hervorgehoben zu werden, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes selbst der Verjährung nicht unterliegt.

Durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wird ferner die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers nicht gehemmt „denn es steht nicht nur in der Macht des Berechtigten, die Einrede zu beseitigen, sondern die Beseitigung ist für ihn auch Pflicht" (§ 202 Abs. 2)[131]).

---

[128]) Vgl. Schenck, § 83 S. 316, für das gemeine Recht.

[129]) Der § 298 gilt nicht nur für gegenseitige Verträge, sondern auch für alle Zug-um-Zug-Geschäfte. Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 298.

[130]) Vgl. Hellwig, § 53 S. 375 und Anm. 4.

[131]) Siehe Mugdan, Ges. Materialien zum BGB Bd. I S. 542. Vgl. auch Windscheid, Bd. I, § 109, S. 489.

Das Zurückbehaltungsrecht steht auch nur dem Schuldner selbst zu. Abgesehen von dem Erben hat ausnahmsweise auch der Bürge die Zurückbehaltungseinrede, da er nach § 768 alle dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann. In engem Zusammenhang mit der Frage, ob das Retentionsrecht nur dem Schuldner zustehe, steht auch diejenige, ob ein solches abgetreten werden kann. Da ebenso wie nach gemeinem Rechte[132]) auch nach BGB. das Zurückbehaltungsrecht accessorischen Charakters ist, müssen wir daraus den Schluß ziehen, daß es niemals ohne das Forderungsrecht, für welches es in Wirkung ist, übertragen werden kann. Mit dem Anspruche dagegen, wird es jederzeit abgetreten werden können; es kommt nur darauf an, daß das Zurückbehaltungsrecht vor der Abtretung bereits entstanden ist[133]).

Es erübrigt sich noch zu erörtern, ob das Zurückbehaltungsrecht gegenüber jedem Dritten oder nur dem Gläubiger gegenüber wirksam ist. Diese Frage war und ist noch äußerst bestritten[134]). Da das Zurückbehaltungsrecht kein dingliches Recht an dem Gegenstande gewährt, so kann es auch nicht jedem gegenüber geltend gemacht werden. Man wird daher sagen müssen, im Prinzipe ist es nur ein persönliches Recht und wirkt also auch nur dem Gläubiger der connexen Gegenforderung gegenüber. Dieser Grundsatz erleidet jedoch verschiedene Ausnahmen. Daß das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Erben des Gläubigers wirkt, ist selbstverständlich; dies folgt aus dem Prinzipe der Repräsentation.

[132]) Vgl. Schenck, § 85, S. 319 fg. — Ludens Ansicht (Retentionsrecht S. 208 fg.), daß das Retentionsrecht wegen Verwendungen von dem Cessionar nur ausgeübt werden könne, wenn und insoweit er den Cedenten dafür entschädigt hat, ist unbegründet.

[133]) Vgl. Schollmeyer, Komm. Note 1a zu § 273.

[134]) Vgl. Lingfeld, § 4 S. 136 fg.

Schenk[135]) sagt ferner, das Retentionsrecht wirke nicht nur gegen den Schuldner der Forderung selbst, sondern auch gegen einen anderen, der für diese Forderung seine Sache in retentionem gab. Ich meine für das BGB. ist zu unterscheiden zwischen einem Zurückbehaltungsrecht dinglichen und obligatorischen Ansprüchen gegenüber. Dinglichen Ansprüchen gegenüber wirkt das Zurückhaltungsrecht gegen jeden, der diesen Anspruch geltend macht, denn hier wiegt das Verhältnis von Person zur Sache vor. Hierher gehören namentlich die Zurückbehaltungsrechte des Sachenrechts. Hat insbesondere jemand einen Anspruch wegen Verwendungen auf eine Sache, so kann er sein Zurückbehaltungsrecht jedem dinglich Berechtigten gegenüberstellen, der Herausgabe der Sache verlangt. Im Gesetze ist besonders erwähnt der § 986 Abs. 2, wonach das Zurückbehaltungsrecht auch dem neuen Erwerber gegenüber wirkt, wenn der Eigentümer die Sache abtritt, denn ersterem gegenüber können alle Einwendungen entgegengesetzt werden, die auch dem Veräußerer gegenüber zulässig waren[136]). Erforderlich ist nur, daß das Zurückbehaltungsrecht schon vor der Abtretung entstanden ist. Dies entspricht auch vollkommen der Billigkeit[137]).

Obligatorischen Ansprüchen eines Dritten gegenüber muß jedoch das Zurückbehaltungsrecht immer versagen,

---

[135]) Schenck, § 77 S. 283.

[136]) Vgl. hierzu Langfeld, S. 158. — Dernburg, Pandekten, S. 328 Anm. 18. — Staub, Komm., Anm. 32 fg., der das Zurückbehaltungsrecht sogar für ein dingliches Recht hält. Dagegen Scherer, Note 4 zu § 273. — Belkin, Diss. § 7 S. 45. Dieser behandelt § 951 als Ausnahmefall. Er betrifft jedoch nur den Hauptfall des Zurückbehaltungsrecht dinglichen Ansprüchen gegenüber, mit Wirkung gegen Dritte.

[137]) Vgl. § 1227 BGB, ebenso Goldmann-Lilienthal, § 82 Note 11.

weil hier lediglich ein Verhältnis von Person zu Person in Frage steht. Es ist also hier nur gegenüber dem Gläubiger des conneren Anspruches wirksam. Dem steht nicht entgegen, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dem Cessionar des Gläubigers gegenüber in Wirksamkeit bleibt, denn dies ist die einfache Folge der Sondervorschrift des § 404 BGB. Schollmeyer[138]) führt aus: „Das Zurückbehaltungsrecht steht nur zu gegenüber dem Gläubiger des Retinenten, welcher gleichzeitig sein Schuldner ist, nicht gegenüber dritten Personen. Der Singularsuccessor des Gläubigers ist zwar nicht Dritter, sondern selbst Gläubiger, aber er ist nicht Schuldner der dem Retinenten zustehenden Forderung." Wenn Schollmeyer damit den Schuldner gegenüber dem Cessionar des Gläubigers ein Zurückbehaltungsrecht absprechen will, so ist dies unbegründet. Ganz abgesehen davon, daß § 404 deutlich gegen seine Ansicht spricht, könnte ja andernfalls der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht seines Schuldners einfach dadurch beseitigen, daß er seinen Anspruch abtritt[139]).

Der Umstand, daß das Zurückbehaltungsrecht im Allgemeinen nur obligatorische Wirkung hat, wird praktisch wichtig im Konkurse desjenigen, dem ein solches entgegensteht.

Es entsteht hier die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam bleibe, ob eventuell der Retinent ebenso wie der Pfandgläubiger abgesonderte Befriedigung verlangen kann. Im gemeinen Rechte gingen die Ansichten auseinander. Die ältere Lehre[140]) vertrat die Meinung, das Retentionsrecht

[138]) Kommentar Note 1a zu § 273.

[139]) Staudinger, Note 5 zu § 273.

[140]) Glück, Komm. Bd. 15 S. 132. „Daß das sogen. einfache Retentionsrecht im Konkurse aufhört, bezweifelt niemand". Schenck, R.-R. S. 353.

verliere im Konkurse des Retentionsgegners völlig seine Kraft, die neueren Lehrer[141]) dagegen folgerten aus der rechtlichen Stellung der Konkursgläubiger, wonach infolge der Konkurseröffnung auf die Gläubiger nur die Befugnis der vorher dem Gemeinschuldner zustehenden Vermögensrechte übergehe, daß die Einrede der Retention wie dem Kridar so den Konkursgläubigern gegenüberstehen müsse, das Zurückbehaltungsrecht also auch nach Eröffnung des Konkurses von Bestand bleibe. Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877[142]) stellt sich mit Recht prinzipiell auf den Standpunkt der älteren gemeinrechtlichen Doktrin und betont — allerdings nur indirekt — daß ein Zurückbehaltungsrecht im Konkurse des Gläubigers nicht geltend gemacht werden kann[143]). Während dieses schon daraus folgt, daß die Konkursordnung keine Bestimmung über die Fortdauer eines Zurückbehaltungsrechts enthält, begründet Schollmeyer[144]) dies näher, indem er ausführt: „Hier suchen die Gläubiger des Gläubigers ihre Befriedi-

[141]) Langfeld, S. 140 f. Sintenis, Civilrecht § 91 Anm. 81. Großkopf, S. 90: „Wenn das Retentionsrecht lediglich auf einem Verhältnis zur Sache und nicht auf einem obligatorischen Verhältnisse zwischen Retinenten und dem Kridar beruht, muß es gleichgültig sein, ob der Anspruch auf Herausgabe der Sache vom Kridar oder den Konkursgläubigern gemacht wird und muß dasselbe daher im Konkurse ebenso berücksichtigt werden wie außerhalb".

[142]) Durch die Novelle zur KO vom 17. Mai 1898 sind wesentliche Aenderungen in Bezug auf die hier einschlägigen Stellen nicht geschaffen

[143]) Anders ist es bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Nach § 17 der KO kann dem Konkursverwalter, der für die Person des Gemeinschuldners Erfüllung verlangt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages stets entgegengesetzt werden, denn dieses Recht ist ein unbeschränktes, das gegen Jedermann zusteht und sich nicht wie das Zurückbehaltungsrecht gegen die Person richtet. Vgl. Motive Bd. 2 S. 43. [144]) Komm. Note 1a zu § 273.

gung kraft eigenen Rechtes ohne Schuldner des Retinenten zu sein. Der Zurückbehaltungsberechtigte hat also den Retentionsgegenstand herauszugeben und ist lediglich als Konkursgläubiger auf anteilweise Befriedigung angewiesen."

Bemerkt sei, daß natürlich dann die Wirkungen des Retentionsrechtes ungeschmälert bleiben, wenn der Schuldner eine nicht dem Gemeinschuldner gehörige Sache oder Leistung retiniert, z. B. wenn ein Dritter für eine Forderung gegen den Kridar einen Gestand zur Retention gegeben hat.

Nur ausnahmsweise kann gemäß § 49 Abs. 3 der neuen Konkursordnung dem Konkursverwalter ein Zurückbehaltungsrecht entgegengestellt werden, wenn es sich um ein solches an einer Sache handelt, zu deren Nutzen der zur Herausgabe Verpflichtete etwas verwendet hat, wegen des den noch vorhandenen Teil nicht übersteigenden Betrag seiner Forderung. Hier kann der Berechtigte abgesonderte Befriedigung verlangen gemäß § 48 in Verbindung mit §§ 120, 126, 127 KO.

Nach § 15 der KO. kann weiter nach der Eröffnung des Verfahrens ein Zurückbehaltungsrecht an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Schuldners beruht.

Eine besondere Vorschrift enthält § 225 KO., wonach dem Erben, welcher den Nachlaß zur Konkursmasse herauszugeben hat, wegen seiner Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht versagt wird. Nach §§ 1978 Abs. 3 in Verbindung mit § 670 und § 683 B. G.-B. steht dem Erben, der den Nachlaßgläubigern für die Verwaltung des Nachlasses bis zur Annahme der Erbschaft als Geschäftsführer ohne Auftrag, nach Annahme als Beauftragter, verantwortlich ist, auch Ersatz seiner Auf-

wendungen zu. Nach § 273 würde demnach dem Erben das Recht zustehen, die Herausgabe des Nachlasses bis zum Ersatz der Aufwendungen zu verweigern. Die Konkursordnung versagt jedoch mit Recht dem Erben hier ein Zurückbehaltungsrecht, damit nicht eine Verzögerung der Verwertung der Masse eintritt und weil auch der Erbe bei der Herausgabe der Konkursmasse mehr dem Gemeinschuldner gleichgestellt ist, welcher das eigene Vermögen zur Konkursmasse ausliefert. Als Ersatz für die Versagung dieses Rechts sind ihm in § 224 KO. die Rechte eines Maßgläubigers gesichert, wodurch er wegen seiner Ersatzansprüche vorweg Befriedigung erhält.

2. Im Prozesse.

Die vorzüglichste Wirkung des Zurückbehaltungsrechts äußert sich im Prozesse, wenn nämlich der Gläubiger im Klagewege seitens des Schuldners Befriedigung verlangt. Will der Schuldner, daß im Prozesse sein Zurückbehaltungsrecht Geltung finde, so muß er selbst ein solches kund tun, denn von Amtswegen wird ein Zurückbehaltungsrecht niemals berücksichtigt. Der Richter kann also auf Grund einer Klageschrift, welche den Vertragsabschluß behauptet, ein Versäumnisurteil erlassen (§§ 255, 331 CPO.). Nur in einem einzigen Falle muß das Zurückbehaltungsrecht im Wege der Klage geltend gemacht werden. Dies ergibt die Sonderbestimmung des § 767 CPO. im Falle des Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung. Hiernach muß der verurteilte Schuldner Einwendungen, die er erst am Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlungen, in welcher diese spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, erlangt hat, im Wege der Klage bei dem Prozeß

gericht erster Instanz geltend machen. Zu diesen Einwendungen gehört auch die Zurückbehaltungseinrede[145]).

Prozessual geltend gemacht wird das Zurückhaltungsrecht, da es ja nur ein Verteidigungsmittel sein soll, abgesehen von der eben genannten Ausnahme, wie gemeinrechtlich so auch nach BGB. nicht agressiv im Wege der Klage, sondern defensiv im Wege der Einrede.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist regelmäßig eine verzögerliche Einrede, die jedoch nicht die normalen Folgen einer solchen zeitigt[146]). Eine solche dilatorische Einrede zieht regelmäßig die Abweisung des klägerischen Anspruch nach sich, weil infolge der Weigerung die Leistung bis zur Beseitigung des diese begründenden Umstandes als nicht fällig anzusehen ist[147]). Nach dem Wortlaute des § 273 Abs. 1 könnte man dies auch für unsern Fall annehmen. Nach römischem Rechte war es so[148]). In der gemeinrechtlichen Wissenschaft war die Frage nicht ganz unbestritten. Die herrschende Meinung und konstante Praxis hat sich jedoch dafür entschieden, auf Grund der vorgeschützten Retentionseinrede die Klage nicht abzuweisen, sondern den Beklagten zu verurteilen unter der Bedingung, daß der Kläger seinen Gegenanspruch befriedigt[149]). Diese Ansicht entspricht vollkommen der Billigkeitstendenz und mit

---

[145]) Vgl. Gaupp-Stein, CPO. Bd. 2, S. 458 zu § 767.

[146]) Ueber die Wirkung der exceptio siehe Lenel, Ursprung und Wirkung der exceptionen, S. 99 fg.

[147]) Das Gesetzbuch bezeichnet in § 202 Abs. 1 die dilatorische Einrede als solche, welche den Verpflichteten vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt.

[148]) Vgl. Dernburg, Kompensation, S. 371.

[149]) Vgl. Schenck, S. 83 f. Langfeld, S. 123 f., Engelmann S. 217: gegenüber der Einrede des nicht erfüllten Vertrages war im gemeinen Rechte dagegen die Klage abzuweisen.

Recht bestimmt auch das BGB. in § 274, daß die Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nur die bedingte Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug bewirke, d. h. zu leisten, wenn gleichzeitig der Kläger das seinerseits dem Beklagten Geschuldete vollständig zu erfüllen bereit ist. Sachlich ist durch diese Bestimmung gegenüber der die Klage zur Zeit abweisenden Einrede ein wesentlicher Unterschied nicht begründet. Denn beide drücken aus, daß der Zurückbehaltungsberechtigte erst zu leisten braucht, sobald auch der Gegner sich zur Leistung erbietet. Die Bestimmung hat jedoch, wie Langfeld[150]) treffend bemerkt, den praktischen Erfolg, „daß dadurch widerholte Prozeßführung für den Fall vermieden wird, daß Beklagter, trotzdem ihm Kläger inzwischen Befriedigung angeboten, dem Klageanspruche nicht genügen sollte".

Art und Umfang einer Zug-um-Zugleistung richtet sich im allgemeinen nach § 242 BGB. Wie jedoch praktisch eine solche vor sich zu gehen hat, läßt sich nicht ohne weiteres sagen. Das Gesetz trifft hierüber keine Bestimmung Einfach wird sich der Vorgang gestalten, wenn die beiderseitigen Leistungen zu gleicher Zeit erfolgen können. Eine Schwierigkeit stellt sich aber ein, wenn im konkreten Falle eine solche Gleichzeitigkeit nicht ausführbar ist. Planck[151]) meint, in solchen Fällen müsse es genügen, wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, daß der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Leistung zu zu empfangen. Durch diese Aushilfe wird der Zweifel doch wohl nicht gehoben sein; das Wie und Wann die Sicherheit genügen soll, ist sehr fraglich. Eine Vermittelung der Gegenseitigkeit durch Hinzuziehung eines Dritten wird

---

150) S. 124. Ebenso Scherer, Note 1 zu § 273.

151) BGB. Note 1 zu § 273.

immer geraten sein, damit insbesondere der Kläger vollständig und fehlerlos erfülle.

Der allgemeinen Regel gemäß: »ei incumbit probatio qui dicit non qui negat« trifft den Beklagten, der die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend macht, die Beweislast, daß ihm gegen den Kläger eine konnexe fällige Gegenforderung zustehe, auf Grund deren er befugt sei, seine eigene Leistung zurückzuhalten. Andererseits hat der Kläger, welcher behauptet, seinerseits das ihm obliegende bereits geleistet zu haben, dieses auch darzutun. Insbesondere trifft ihn auch der Beweis, daß er bereits Sicherheit geleistet habe, oder daß der Retentionsgegenstand durch eine vorsätzlich unerlaubte Handluug erlangt sei.

Erwähnt sei, daß jeder der in dem zur Retention berechtigenden Verhältnisse stehenden Teile gegen den anderen auf Erfüllung Zug um Zug klagen kann. Der Gläubiger, der von einem dem Schuldner zustehenden Zurückbehaltungsrecht Kenntnis hat, tut gut daran, gleich auf Erfüllung Zug um Zug zu klagen, denn das erfordert auch Treu und Glauben.

Entsprechend der Verurteilung des Verklagten auf Erfüllung Zug um Zug kann die Zwangsvollstreckung ebenfalls nur auf Leistung Zug um Zug gehen. Hat der Gläubiger die ihm obliegende Leistung bewirkt, so kann er natürlich die ihm gebührende Leistung ohne weiteres im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger seine Leistung ordnungsgemäß angeboten hat, der Schuldner aber die Annahme verweigert. Aber nicht nur, wenn der Schuldner die Annahme abschlägt, kommt er in Verzug, sondern auch dann, wenn er zwar bereit ist, die angebotene Leistung anzunehmen, aber seinerseits die Leistung nicht anbietet. Dies folgt aus § 298. Der Gläubiger ist demnach befugt für den Fall, daß der

Schuldner sich in Gläubigerverzug befindet, die Leistung beizutreiben, als ob die Verurteilung unbedingt erfolgt wäre. Es genügt hierbei, daß der vollstreckende Gläubiger mindestens gleichzeitig mit der Vollstreckung die Gegenleistung anbietet. Diese in § 274 Abs. 2 getroffene Bestimmung ist m. E. eine durchaus zweckmäßige und billige. Der Gläubiger, der bei allen Zug-um-Zug-leistungen in sich mit der Person des Gläubigers auch die des Schuldners vereinigt, müssen auch alle Rechte eines Schuldners zustehen, ganz besonders das Recht, sich von seiner Leistung zu befreien. Hat er dies ordnungsmäßig versucht, ist aber auf Verweigerung gestoßen, so hat er das Seine getan. Mit Recht treffen dann den Schuldner die Folgen seiner Nichtannahme. Betont sei hier nochmals, daß nur die nach Verurteilung eingetretene mora accipiendi schadet.

Läßt es der Schuldner zur Zwangsvollstreckung kommen und will der Gläubiger diese betreiben, so giebt ihm die CPO. verschiedene Mittel an die Hand.

Früher fehlten hierüber positive Regeln. Namentlich war bestritten, ob der § 664 jetzt § 726 Abs. 1 der CPO. auf den Fall der Verurteilung auf Leistung Zug um Zug anzuwenden sei oder nicht. Nach dem bisherigen Paragraphen 664 dürfte eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden der Beweis des Eintritts der Bedingung, hier der Befriedigung des Schuldners, gebracht war. Die Novelle zur CPO. vom 17. Mai 1898 enthält einige Aenderungen zu Gunsten des Gläubigers.

Hat der Gläubiger eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug erzielt, so kann er eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils verlangen ohne Beweis, daß der Schuldner befriedigt, oder in Annahmeverzug ist.

Eine solche ist nur dann erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht (§ 726 Abs. 2). Der Gerichtsvollzieher hat aber, bevor er die Zwangsvollstreckung beginnt, zu prüfen, ob der Schuldner befriedigt ist oder im Verzuge der Annahme sich befindet. Insbesondere muß er untersuchen, ob das Angebot des Gläubigers nach der Verurteilung erfolgt ist, denn das vor der Verurteilung erfolgte Angebot ist nicht maßgebend. Beim Fehlen dieser Voraussetzungen darf der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat (§ 756). Ist also z. B. der Schuldner, der auf ein in Verwahrung genommenes Pferd Verwendungen in Höhe von 50 Mk. gemacht hat, verurteilt, das Pferd Zug um Zug gegen Zahlung von 50 Mk. herausgegeben, so wird der Gläubiger am besten dem pfändenden Gerichtsvollzieher die 50 Mk. mitgeben. Weigert sich der Schuldner die 50 Mk. anzunehmen, so kann nunmehr der Gerichtsvollzieher ohne weiteres zur Zwangsvollstreckung schreiten.

Nach Hellwig[152]) kann der Gläubiger, wenn der Gerichtsvollzieher Zweifel an dem Eintritt des Annahmeverzugs hat, oder wenn der Gläubiger den Beweis der Leistung und der Anbietung nicht durch öffentliche Urkunden erbringen kann, unter Nachweisung der gehörigen Anbietung auf pure Verurteilung klagen.

Wendet sich der Gläubiger an das Vollstreckungsgericht, so darf dieses die Vollstreckungsmaßregel nur dann anordnen, wenn der Gläubiger den Beweis der Befriedigung oder des Annahmeverzugs des Schuldners durch öffentliche

[152]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 53, S. 375.

oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen hat und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Der Zustellung steht es jedoch gleich, wenn als Beweis das Protokoll des Gerichtsvollziehers, der bereits die Zwangsvollstreckung ordnungsmäßig begonnen hat, vorgelegt wird.

Schließlich ist noch hervorzuheben, daß das den Beklagten zur Leistung Zug um Zug verurteilende Erkenntnis gemäß § 322 CPO. in Bezug auf die retinierte Leistung keine Rechtskraft begründet und daher auch keinen Titel zur Zwangsvollstreckung abgeben kann[153]).

§ 10.

VI. Beendigung des Zurückbehaltungsrechts.

Wie wir oben gesehen haben, steht im Prinzipe wenigstens die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes solange zu, als die Leistung, für welche sie in Wirksamkeit ist, nicht völlig getilgt ist. Das Zurückbehaltungsrecht wird daher immer beendigt, wenn der Schuldner befriedigt wird. Aber nicht nur in diesem Falle erlischt das Zurückbehaltungsrecht, sondern überhaupt mit dem Wegfall einer seiner Voraussetzungen. Da jede Retentionsbefugnis auf der inneren Verbindung zweier Ansprüche beruht, so muß infolge der accessorischen Natur notwendigerweise mit dem Fortfall des einen oder des anderen auch das Retentionsrecht untergehen. Demnach sind alle Tatsachen, die geeignet sind, den einen dieser Ansprüche zu vernichten, auch Erlöschungsgründe für das Retentionsrecht z. B. Erfüllung[154]) Aufrechnung, Erlaß, Konfusion usw. Dasselbe gilt auch, wenn eines der Erfordernisse der beiden Ansprüche z. B. die Fälligkeit in Wegfall kommt.

---

[153]) Vgl. auch Langfeld, S. 124.

[154]) L. 43 D. de solutionibus et liberationibus 46. 3.

Es wirft sich ferner die Frage auf, ob regelmäßig das Zurückbehaltungsrecht dann erlischt, wenn der Berechtigte die Gewalt über die Sache verloren hat. Die Motive[155]) bejahen diese Frage und sagen, „das Retentionsrecht erlischt mit dem tatsächlichen wenn auch unfreiwilligen Aufhören der Innehabung oder der Retention." Demgegenüber ist m. E. einzuwenden, daß durch den nur tatsächlichen Verlust der Innehabung der Sache doch nur die Sicherung der Zurückbehaltung der eigenen Leistung und zwar meistens auch nur zeitweilig verloren ist, das Zurückbehaltungsrecht jedoch, d. h. die Möglichkeit der Leistungsverweigerung, an sich bestehen bleibt. So kann wie Schollmeyer[156]) beispielsweise anführt, der auf Herausgabe einer ihm gehörigen Sache verklagte Schuldner, obwohl er zur Zeit die Sache nicht besitzt, indem sie ihm z. B. auf einem Spaziergange verloren gegangen war, recht gut die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend machen wegen eines ihm zustehenden Gegenanspruches und selbst der Nachweis des Klägers, daß der Schuldner die Sache zur Zeit garnicht besitze, führt nicht zur Verwerfung der Einrede. Nicht ganz so weit, wie die Motive es wollen, geht Endemann[157]) wenn er sagt, das Zurückbehaltungsrecht ist erloschen, „wenn die Sache gleichviel, auf welche Weise in die Gewalt des Gläubigers gelangt ist." Mag auch dem Retinenten als solchem kein Rechtsbehelf zustehen zur Wiedererlangung der verlorenen Detention, so muß m. E. auch diese Ansicht insoweit eingeschränkt werden, als der Verlust der Sache kein Erlöschen des Retentionsrechts in diesen Fällen nach sich zieht, wenn der Berechtigte je nach den rechtlichen Beziehungen, in denen

---

[155]) Motive, Bd. II, S. 43.

[156]) Schollmeyer, Kommentar Note 5 zu § 273.

[157]) Endemann, § 126, Anm. 10. Motive Bd. II, S. 43.

er zu der Sache als Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigter steht, sich die abhanden gekommene Sache wieder verschaffen kann.

Fraglich ist, inwieweit der Zurückbehaltende in der Lage ist, den entzogenen oder verloren gegangenen Besitz wieder zu erlangen. Unzweifelhaft erscheint, daß derselbe in seiner Eigenschaft als Besitzer unter dem Besitzesschutz steht. Er hat daher das Recht sich dem durch verbotene Eigenmacht (§ 858) verloren gegangenen Besitz wieder zu verschaffen. Ferner ist ihm gewährleistet das Recht auf Selbsthülfe (§ 859) und auf Gerichtshülfe (§§ 861, 862). Der Zurückbehaltungsberechtigte kann auch nach § 1007 B. G.-B. Herausgabe der unfreiwillig verlorenen Sache vom gegenwärtigen Besitzer verlangen, wenn dieser beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Denn es heißt hier allgemein: „Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat . . . .", wobei es gleichgültig ist, ob als Eigentümer, Nießbraucher oder Zurückbehaltungsberechtigter.

Ich neige daher mit Scherer[158]) zu der Meinung „Das Retentionsrecht erlischt nur, wenn die Sachen mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Retentionsberechtigten verbracht[159]) werden", also nur beim freiwilligen Aufhören der Innehabung oder Retention.

Nur dann wird der Verlust der Sache die Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes immer nach sich ziehen, wenn zugleich auch die Leistungspflicht des Retinenten erlischt.

Immer wird das Zurückbehaltungsrecht aufhören, wenn vertragsmäßig ein Zeitraum für dessen Ausübung

---

[158]) Scherer, Note 14 zu § 273. Ebenso Engelmann, S. 261. Dagegen Meisner, Note 3 zu § 273.

[159]) Unter die Sache „verbringen" versteht Scherer den Besitz der Sache entziehen.

festgesetzt war, mit dem Ablaufe der Zeit. Da ferner das Retentionsrecht nur ein Recht und keine Pflicht in sich enthält, wird es auch jederzeit freistehen, sich desselben durch Verzicht zu entschlagen. Wirksam wird derselbe unter Abwesenden, wenn die denselben enthaltende Willenserklärung dem Gläubiger zugeht (§ 130).

Beendigt wird auch das Zurückbehaltungsrecht, wenn das Recht auf den Gegenstand desselben auf einen Dritten übergeht, dem gegenüber die Retentionseinrede nicht geltend gemacht werden kann, oder wenn der Retentionsberechtigte seinen Anspruch an einen Dritten cediert, ohne daß dieser zugleich die Verpflichtung zur Leistung des Retinenten mit übernimmt (§§ 404, 414).

Der Konkurs über das Vermögen des Gläubigers bewirkt, wie oben gesagt, mit Ausnahme der §§ 17 und 49 Ziff. 3 KO. gleichsfalls den Untergang des Zurückbehaltungsrechts.

Hierher gehört auch die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht ein teilbares ist oder nicht. Mit andern Worten, ob bei teilweiser Erfüllung des dem Zurückbehaltenden zustehenden Anspruchs trotzdem das Retentionsrecht in vollem Umfange bestehen bleibt, oder ob ein dem befriedigten Anspruch entsprechender Teil desselben erlischt. Hier kann man nur im allgemeinen sagen, dem Gebote der Billigkeit entsprechend wird das Zurückbehaltungsrecht bei Unteilbarkeit der Leistung im vollen Umfange bestehen bleiben. Ist dagegen das Retentionsobjekt teilbar, so erstreckt sich das Recht nur insoweit auf den Gegenstand als eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes in solchem Umfange nicht gegen Treu und Glauben und gegen die Billigkeit verstößt.

Schließlich wird das Zurückbehaltungsrecht kraft Gesetzes beendigt durch Sicherheitsleistung. Auszuscheiden

sind hier selbstverständlich alle jene Fälle, in denen der Anspruch des Zurückbehaltenden schon an sich lediglich auf Sicherheit gerichtet ist, denn hier wäre ja Sicherheitsleistung gleichbedeutend mit Erfüllung. Gemeinrechtlich war die Befugnis des Gläubigers das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung abzuwenden, sehr bestritten. Während Glück[160]) die Zulässigkeit einer solchen Abwendung zugibt, vertreten andere Rechtslehrer[161]) den Standpunkt, der Retentionsberechtigte sei doch nicht verpflichtet, ein jus retentionis, das ihm wohl begründet zustehe, gegen Sicherheitsleistung aufzugeben. Für das gemeine Recht ließe sich die Frage wohl am besten lösen, indem man eine Kautionsleistung im Prinzipe verneint, es aber dem Richter überläßt, im Einzelfalle die Zulässigkeit eines solchen auf Grund der Billigkeit zu bestätigen. Das BGB. hat diese Kontroverse beseitigt, indem es im § 273 Abs. 3 bestimmt, daß in jedem Falle das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, da wie die Motive[162]) ausführen, das Zurückbehaltungsrecht nicht als Zwangsmittel gegen den Gläubiger betrachtet wird, welches nur durch Befriedigung beseitigt werden kann.

Die Sicherheitsleistung erfolgt nach den Grundsätzen des § 232 ff. und kann so lange gestellt werden, bis die Verurteilung des Beklagten erfolgt ist. Nach der Verurteilung ist Sicherheitsleistung ausgeschlossen, denn sonst wäre der praktische Erfolg des § 274 hinfällig[163]). Oft wird der Gläubiger dann von diesem Rechte Gebrauch machen, wenn er beabsichtigt, später den Gegenanspruch des Schuldners anzufechten.

---

[160]) Glück, Komm. Bd. 15, S. 124.
[161]) Schenck, S. 340, Großkopff, S. 79.
[162]) Motive, Bd. II, S. 43 ff.
[163]) Vgl. dagegen Belkin, § 7, S. 49.

Gemäß dem Satze: plus enim cautionis est in re quam in persona wird auch nach BGB. in § 273 Abs. 3 S. 2 die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen[164]).

Die Sicherheitsleistung bewirkt nur Hemmung in der Ausübung, nicht aber Beendigung des Zurückbehaltungsrechts[165]). Die Höhe der Sicherheit richtet sich nach dem Anspruche des Schuldners; reicht sie nicht mehr aus, so kann der Schuldner Ergänzung verlangen oder sein Zurückbehaltungsrecht wieder ausüben.

Die Sicherheitsleistung gewährt auch dem Berechtigten eine größere Macht als das Zurückbehaltungsrecht, da er nämlich unter gewissen Voraussetzungen aus dem Gegenstande Befriedigung suchen kann. Die Tatsache, daß der Schuldner für seine Forderung bereits genügende Sicherheit hat, ist für die Ausübung des Zurückbehaltungsrecht irrelevant. Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß eine Verurteilung zur Erfüllung gegen Sicherheitsleistung ausgeschlossen ist.

§ 11.

VII. Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts.

Aus der bisher gegebenen Darstellung der Voraussetzungen, Wirkungen und der Beendigung des Zurückbehaltungsrechts wird auch dessen rechtlicher Charakter bestimmt werden können.

Gemeinrechtlich war die rechtliche Natur des Retentionsrechtes ungemein bestritten. Es gibt kaum ein Rechtsinstitut über dessen Charakterisierung die Meinungen so weit auseinandergingen. Mehrere Schriftsteller suchten das

[164]) Motive, Bd. II, S. 44.

[165]) Schollmeyer, Komm. Note 4 zu § 273, Kaufmann, VI. zu § 273, S. 82.

Retentionsrecht anderen verwandten Rechten zu subsumieren, andere wollen wieder durch einen Vergleich desselben mit ähnlichen Rechten seine Eigentümlichkeit als besonderes Rechtsinstitut klarlegen. Diese letztere Methode ist eine sehr ersprießliche für die Lösung unserer Aufgabe, und ich halte es für vorteilhaft, auch hier eine solche Gegenüberstellung zum Gegenstande einer kurzen Erörterung zu machen.

Die Auffassung, daß das Retentionsrecht ein Ausfluß des Besitzes[166]) oder eine Art erlaubter Selbsthülfe[167]) sei, ist schon früh verlassen worden. Daß das Zurückbehaltungsrecht nicht als Ausfluß des Besitzes betrachtet werden kann, erhellt schon daraus, daß es weder juristischen Besitz noch Detention erfordert; andererseits ist die Ansicht, es stelle sich als einen Anwendungsfall der erlaubten Selbsthülfe dar, schon um deswillen unrichtig, weil der Retentionsberechtigte hier nicht Eigenmacht, sondern rechtliche erlaubte Vorenthaltung ausübt.

Die meisten Verwandtschaftsbeziehungen hat das Zurückbehaltungsrecht mit dem Pfandrechte, da beide zur Sicherung einer Forderung dienen, beide accessorisch neben einer Forderung stehen, mit deren Befriedigung auch sie vernichtet werden. Die Unterschiede beider jedoch sind zahlreiche und leicht ersichtliche. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, das im Wege der Klage geltend gemacht werden kann, und das auch Befriedigung aus dem Gegenstande zuläßt, das Retentionsrecht dagegen ist ein rein persönliches Recht, wirkt nur negativ durch eine Einrede und versagt jede Disposition, namentlich Befriedigung aus dem Retentionsgegenstande.

---

[166]) Vgl. die bei Schenck § 3, Note 2 Citierten. Dagegen Schenck § 38, v. Savigny, Recht des Besitzes, § 3, S. 18.

[167]) Glück, Komm., S. 122.

Auch mit der Aufrechnung könnte man das Zurückbehaltungsrecht vergleichen. Trotz einiger gemeinsamer Momente wie Zurückbehaltung der Leistung wegen einer entgegenstehenden anderen Leistung ist die juristische Konstruktion beider Rechte grundverschieden. Die Aufrechnung bewirkt Tilgung der Forderung, das Zurückbehaltungsrecht nur vorübergehende Sicherung.

Es war schließlich, wie Dernburg[168]) sich ausdrückt, „fast ein Akt wissenschaftlicher Verzweifelung, wenn man das Retentionsrecht dadurch zu charakterisieren suchte, daß man es als exceptio doli bezeichnet[169]).

Aus dieser Gegenüberstellung ist leicht ersichtlich, daß wir es hier nicht mit der Abart eines der hier erwähnten Institute zu tun haben, daß vielmehr das Retentionsrecht ein eigentümlich geartetes, besonderes Rechtsinstitut ist. Dernburg[170]) sieht die Eigentümlichkeit darin, daß es die Erzwingbarkeit eines an sich unbedingten Rechtes von der Bedingung einer vorgängigen oder gleichzeitigen Gegenleistung abhängig macht. Ebenso wie dadurch, daß man das Retentionsrecht als einen Anwendungsfall der exceptio doli bezeichnet, eine Charakterisierung desselben nicht erzielt wird, hierdurch vielmehr nur die Form der Geltendmachung[171]) zum Ausdrucke kommt, ebenso dürfte m. E. auch die Dernburgsche Erklärung keine zutreffende sein, indem dieselbe nichts

[168]) Dernburg, Kompensation, S. 366.

[169]) Puchta, Pand. § 94, S. 145, Arndts, Civilistische Schriften I. S. 99 f. Sintenis, Civilrecht, § 91, S. 167. „Es ist nichts weiter als eine besondere Gestaltung und Anwendung in der ungeschlossenen Zahl solcher exceptiones doli und von den anderen nur zufällig und faktisch verschieden".

[170]) Dernburg, Kompensation, S. 367.

[171]) Windscheid, Kritische Vierteljahrsschrift, S. 127, v. Savigny, Recht des Besitzes, § 3, S. 19.

anderes als eine Beschreibung der Wirkungen des Retentionsrechtes darstellt.

Die Eigentümlichkeit besteht m. E. insbesondere darin, daß sich das Zurückbehaltungsrecht als ein Recht negativen Inhaltes charakterisiert[172]). Wie wir oben bereits dargetan haben, besteht das Zurückhaltungsrecht lediglich in der Befugnis einen gegnerischen Anspruch zeitweilig zurückzuweisen. Die Retentionsbefugnis gewährt demnach keineswegs das Recht über den Gegenstand zu verfügen, auch nicht, den Gegner zu zwingen irgend etwas zu tun; sie berechtigt vielmehr nur, etwas nicht zu tun, mit der Wirkung, daß der andere sich dieses gefallen lassen muß. Mit Recht definiert also Langfeld[173]): „Das Retentionsrecht ist seinem rechtlichen Gehalte nach ein Verteidigungsmittel gegenüber einem Anspruche, welcher nur indirekt der Realisierung des Gegenanspruches dient. Die Form, in welchem er sich prozessualisch verwirklicht, ist die Einrede."

Die neuesten Schriftsteller haben zur Lösung dieser Frage wenig beigetragen. Auch die Motive[174]), welche das Zurückbehaltungsrecht als „praesentes Sicherungsmittel bezeichnen" geben uns keinen Aufschluß über die rechtliche Natur dieses Rechtsinstitutes.

Da auch heute das Zurückbehaltungsrecht sich keinem anderen Rechtsinstitute unterstellen läßt, seine Voraussetzungen und Wirkungen im wesentlichen auch dieselben sind, wie im gemeinen Rechte, so neige ich auch unter der Herrschaft des BGB. dahin, zu sagen: Das Zurückbehaltungsrecht ist ein besonderes, eigentümlich geartetes

---

[172]) Becker, System des heutigen Pandektenrechts, S. 150.

[173]) Langfeld, S. 150.

[174]) Motive, Bd. II, S. 44. Vgl. auch Rosenthal, Anm. 33 zu § 273.

negatives Recht accessorischer[175]) dispositiver, nicht subsidiärer Natur, das in der Regel nur persönlich[176]) wirkt und im Prinzipe wenigstens unteilbar ist.

C. Schluss.

§ 12.

Tendenz des Zurückbehaltungsrechts.

Die Tendenz des Zurückbehaltungsrechts ist, eine der Billigkeit entsprechende Sicherheit wegen eines Anspruches zu geben, und ferner einen Druck auf den Gegner auszuüben, um ihn dadurch zur Tilgung seiner Leistung zu nötigen. Eine Beschränkung des Zweckes dieses Rechtes dahin, daß es nur gegeben sei, um zu sichern, entspräche m. E. nicht dem Wesen dieses Instituts und würde in vielen Fällen seine Ausübung illusorisch machen[177]). Mag auch das Zurückbehaltungsrecht infolge seiner die Zulassung erschwerenden Voraussetzungen und seiner nur beschränkten Wirkungen als entbehrlich und unzureichend erscheinen, immerhin wird es als ein nicht zu unterschätzendes Institut unseres Rechtslebens sich verbreiteter Anwendung erfreuen.

---

[175]) Vgl. Belkin, § 7, S. 47.

[176]) Dagegen Crome, § 124, S. 546: „Es ist weder ein persönliches noch ein dingliches Recht, obschon es persönlichen wie dinglichen Ansprüchen wirksam gegenübertreten kann". Es ist eine diesen Ansprüchen entgegenstehende Einrede.

[177]) Motive, Bd. II, S. 43.